

VU Research Portal

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Verheij, A.J.

2002

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Verheij, A. J. (2002). *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Ars Aequi.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

DEEL II

Functies van vergoeding van immateriële schade

INLEIDING

319 In Deel I stond een aantal gevallen centraal waarin vergoeding van immateriële schade in één of meer van de onderzochte rechtssstelsels in aanmerking kwam. Hoewel in verschillende hoofdstukken beschouwingen zijn gewijd aan de vraag naar de functie(s) van smartengeld¹, was de opzet van Deel I toch vooral praktisch. Onderzocht werd onder welke voorwaarden smartengeld voor vergoeding in aanmerking kwam. Elk van deze hoofdstukken bevat in de Conclusie onder het hoofd 'Evaluatie' een uitgewerkte persoonlijke standpuntbepaling ten aanzien van de in dat hoofdstuk behandelde vragen.

Deel II heeft een overwegend theoretisch karakter. Centraal staat de vraag naar de functie(s) van vergoeding van immateriële schade. De opzet is als volgt.

Hoofdstuk VIII bevat een rechtsvergelijkend overzicht van de functie(s) die aan smartengeld worden toegekend. Wat betreft de opzet komt het overeen met de hoofdstukken in Deel I. Ieder rechtssstelsel komt afzonderlijk aan de orde.

Vervolgens wordt in **Hoofdstuk IX** betoogd dat de compensatiefunctie de toekenning van smartengeld niet in alle gevallen kan verklaren. Met name verschaft zij geen basis voor de toekenning van smartengeld in gevallen waarin de benadeelde geen fysiek of psychisch letsel heeft.

Hoofdstuk X bevat een uiteenzetting van de rechtshandhavingsfunctie. Betoogd wordt dat alleen deze functie kan verklaren waarom buiten geval van fysiek of psychisch letsel recht bestaat op vergoeding van immateriële schade. Verdedigd wordt dat de rechtshandhavingsfunctie verenigbaar met het Nederlandse schadevergoedingsrecht.

Tenslotte wordt in **Hoofdstuk XI** bekeken of, en zo ja welke, consequenties de rechtshandhavingsfunctie heeft voor de gevallen waarin recht op smartengeld bestaat, voor de hoogte van de toegekende bedragen, voor de eisen die gesteld worden aan de overgang van de smartengeldvordering en voor de gevolgen van beslag, faillissement en huwelijksgemeenschap. In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk worden tot besluit de voordelen van de rechtshandhavingsfunctie ten opzichte van de compensatiefunctie uiteengezet.

1 De functie van smartengeld kwam meer of minder nadrukkelijk aan de orde in Hoofdstuk II, III, V, VI en VII.

Hoofdstuk VIII

FUNCTIES VAN SMARTENGELD

Inleiding

320 In Deel I is de functie van smartengeld niet in het algemeen doch slechts in relatie tot bepaalde gevallen aan de orde gekomen: met betrekking tot comateuze slachtoffers en slachtoffers die vrijwel direct overlijden (Hoofdstuk III: nr. 91), bij vergoeding van affectieschade (Hoofdstuk V: nrs. 205, 216-217), bij aantasting van de eer en goede naam en van de privacy (Hoofdstuk VI: nr. 284) en bij verzekeraars die de schadeafwikkeling vertragen (Hoofdstuk VII: nr. 312).

In dit hoofdstuk staat de functie van smartengeld *in het algemeen* centraal. De nadruk ligt niet op één enkel geval, maar op wat in het algemeen in de wetsgeschiedenis, de rechtspraak en met name de literatuur is opgemerkt over de functie van vergoeding van immateriële schade. Ondanks deze algemene insteek zal teruggrijpen op wat over de functie in Deel I is gezegd af en toe onvermijdelijk zijn.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. Voorafgaand aan de bespreking van de functies van smartengeld wordt steeds aandacht besteed aan de functies van het schadevergoedingsrecht in het algemeen (nrs. 321, 333, 342 en 344). De functies van smartengeld zijn daarin immers ingebed. Vervolgens komen de functies van smartengeld aan de orde (nrs. 322-332, 334-341, 343 en 345). Het Duitse en het Nederlandse recht onderscheiden zich van het Franse en het Engelse doordat een genoegdoeningsfunctie is erkend die van de compensatiefunctie onderscheiden wordt. De genoegdoeningsfunctie zal bij de bespreking van die twee rechtsstelsels dan ook de nodige aandacht krijgen (nrs. 323 en 325-329 respectievelijk 335 en 338).

Dit hoofdstuk levert met name de volgende conclusies op. In de eerste plaats wordt de stelling verdedigd dat er een spanning bestaat tussen vergoeding van immateriële schade en de primaire functies van het schadevergoedingsrecht (herstel en compensatie). Het ontstaan van de genoegdoeningsfunctie in Duitsland en Nederland kan deels als een poging worden gezien om deze spanning op te heffen (nrs. 347-348). Vervolgens zal worden betoogd dat dit niet is gelukt, de genoegdoeningsfunctie is controversieel gebleven (nrs. 351-353). Eenvoudige verwerping van de genoegdoeningsfunctie lost het probleem echter niet op, omdat men dan weer terug is bij af (nr. 355). Verder wordt geconcludeerd dat de compensatiefunctie met name in geval van schending van persoonlijkheidsrechten geen bevredigende grondslag biedt voor de toekenning van smartengeld. Er moet derhalve naar een nieuwe (aanvullende) functie voor smartengeld worden gezocht (nr. 355).

DUITSLAND

1. Functies van het schadevergoedingsrecht

321 Primair heeft het Duitse schadevergoedingsrecht de functie om de positie van de benadeelde te herstellen ('Wiederherstellung'), hetzij door herstel van de schade, hetzij door schadevergoeding.¹ Deze 'Wiederherstellung' is 'Subjektbezogen', dat wil zeggen dat zij is gericht op de 'Wiederherstellung' van het rechtssubject.² Uiteindelijk staat dus de mens centraal:

"Die Wiederherstellung der Persönlichkeit des Verletzten in ihrer vollen Planungs- und Handlungsautonomie ist das Ziel des Schadensrechts."³

De wet hanteert als uitgangspunt dat de aansprakelijke persoon de door hem veroorzaakte schade *feitelijk* (dus niet door betaling van een som geld) moet herstellen. De eerste zin van par. 249 BGB⁴ luidt namelijk:

"Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

Men spreekt in relatie tot dit uitgangspunt van 'Naturalrestitution'.⁵ Het principe van de 'Naturalrestitution' geldt niet alleen voor vermogensschade, maar ook voor persoonschade.⁶ In geval van fysiek letsel zou 'Naturalrestitution' betekenen dat de aansprakelijke persoon op zijn kosten een arts opdracht geeft de benadeelde te behandelen.⁷ Voorbeelden van herstel van immateriële schade zijn de 'Widerruf' na aantasting van de eer en goede naam en de teruggave van een aquarel zonder marktwaarde waaraan de eigenaar echter gehecht is.⁸

1 Deutsch, 1976, p. 69 en idem, 1996, nr. 17; Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 9. Kritisch echter Kötz, 1998, nr. 37: "Ebensowenig wie das Ziel des Ehescheidungsrechts in der Scheidung von Ehen liegt, liegt der Zweck des Unfallrechts in der Ausgleichung von Schäden." Esser-Weyers II, 1991, par. 53 wijst erop dat deze functie in werkelijkheid door de opkomst van (sociale) verzekeringen ernstig aan belang heeft ingeboet. Vgl. Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 7-8.

2 Soergel-Mertens, 1990, Vorbem par. 249, Rz 34.

3 Soergel-Mertens, 1990, Vorbem par. 249, Rz 38.

4 Deze bepaling en de uitwerkingen daarvan in par. 250-255 BGB zijn van toepassing onafhankelijk van de grondslag van de aansprakelijkheid, zie Kötz, 1998, nr. 479; Staudinger-Schiemann, 1998, Rz Vorbem par. 249, Rz 4; Schlechtriem, 2000, Rz 177.

5 Deutsch, 1995, Rz 429; Kötz, 1998, nr. 480; Schlechtriem, 2000, Rz 180. Staudinger-Schiemann, 1998, par. 249, Rz 1 spreekt van het 'Restitutionsprinzip', maar ook van 'Herstellung in Natur'.

6 Lange, 1990, p. 423; Deutsch, 1995, Rz 429; Staudinger-Schäfer, 1986, par. 847, Rz 2; Staudinger-Medicus, 1983, par. 253, Rz 10; Staudinger-Schiemann, 1998, par. 249, Rz 193 en par. 253, Rz 9; MK-Grunsky, 1994, par. 249, Rz 2.

7 Kötz, 1998, nr. 480.

8 Schlechtriem, 2000, Rz 189.

Hoewel het vertrekpunt ligt bij herstel en niet bij schadevergoeding, maken de vele uitzonderingen dat ook in het Duitse recht schadevergoeding in de praktijk voorop staat.⁹ Allereerst bepaalt par. 249 BGB in de tweede zin:

“Is wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.”

In de tweede plaats kan de benadeelde ook een termijn stellen waarbinnen de schade moet worden hersteld en daarbij bepalen dat indien dat niet is gebeurd hij schadevergoeding in geld wenst. Nadat de termijn is verstreken kan hij geen aanspraak meer maken op herstel (par. 250 BGB).

Voorts is de laedens verplicht schadevergoeding te betalen voor zover herstel niet mogelijk is of voor zover de gelaedeerde door herstel niet in voldoende mate zou worden gecompenseerd (par. 251 I BGB).

Tenslotte bestaat geen aanspraak op herstel indien de kosten daarvan buitenproportioneel hoog zijn (par. 251 II BGB).¹⁰ Bij de toepassing van deze maatstaf moet volgens Lange¹¹ worden meegewogen dat indien geen herstel plaatsvindt de gelaedeerde zijn immateriële schade in verband met de restrictieve wettelijke regeling van par. 253 BGB¹² veelal in het geheel niet vergoed zal krijgen. In ieder geval zal het enkele feit dat hoge kosten moeten worden gemaakt er niet zonder meer toe kunnen leiden dat de laedens ontslagen wordt van zijn plicht de immateriële schade te herstellen.¹³

Behalve de primaire herstelfunctie wordt in de literatuur nog een aantal andere (secundaire) functies genoemd. In de eerste plaats preventie. Sommige auteurs zien preventie vooral als een gewenst neveneffect en niet als een doel op zichzelf¹⁴; anderen zijn daarentegen positiever.¹⁵ Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht ziet Kötz als belangrijkste doelstelling het gedrag van mensen zo te sturen dat alle ongelukken verhinderd worden die vanuit een oogpunt van welwaartsmaximalisering verhinderd moeten worden.¹⁶ Verder heeft het schadevergoedingsrecht ook een ‘Rechtsfortsetzungsfunktion’.¹⁷ Hiermee wordt bedoeld dat het geschonden belang of rechtsgoed

9 Kötz, 1998, nr. 480; MK-Grunsky, 1994, par. 249, Rz 1; Staudinger-Schiemann, 1998, par. 249, Rz 1.

10 In dat verband bepaalt par. 251 II BGB tweede zin expliciet dat de kosten van de geneeskundige behandeling van een dier niet buitenproportioneel zijn, indien zij de waarde van dat dier te boven gaan. De wet houdt dus rekening met de affectiewaarde die een dier kan hebben, zie Larenz/Canaris, 1994, par. 76 II, p. 381.

11 Lange, 1990, p. 423.

12 Par. 253 BGB bepaalt dat immateriële schade slechts vergoed kan worden voor zover de wet dit toestaat. Zie nr. 11.

13 Schlechtriem, 2000, Rz 190.

14 Larenz, 1987, par. 27 I, p. 423; Lange, 1990, p. 10. Kritisch ook Esser-Weyers, 1991, par. 53 nr. 4b).

15 Deutsch, 1976, p. 71 en idem, 1996, nr. 18; Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 10; Löwe, 2000 met name hoofdstuk 3.

16 Kötz, 1998, Rz 40. Zie kritisch over een rechtseconomische benadering Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 14-18.

17 Men spreekt hier ook wel van de ‘rechtsvervolgende Funktion’.

zich voortzet in de vordering tot schadevergoeding.¹⁸ 'Rechtfortsetzung' is volgens de heersende leer een aspect van schadevergoeding en neemt derhalve geen zelfstandige plaats in.¹⁹ Deutsch noemt ook schadespreiding als functie.²⁰ Tenslotte kan het feit dat de aansprakelijke met een schadevergoedingsplicht wordt belast de gelaedeerde emotioneel bevrediging ('Genugtuung') verschaffen.²¹ Bestrafing van de veroorzaker van de schade wordt veelal afgewezen als functie van het schadevergoedingsrecht.²²

Wat betreft de omvang van de toe te kennen schadevergoeding behelst par. 249 S. 1 BGB het principe van de 'Totalreparation'. Dit wil zeggen dat de gehele schade vergoed moet worden.²³

2. Functies van smartengeld

2.1 Inleiding

322 De totstandkomingsgeschiedenis van par. 847 BGB gaf geen uitsluitel over de functie van vergoeding van immateriële schade. Daarmee werd de vraag naar de functies van 'Schmerzensgeld' overgelaten aan de rechtspraak en aan de literatuur. In het navolgende worden de functies van smartengeld behandeld. Allereerst wordt in nrs. 323-330 (paragraaf 2.2) ingegaan op de in de rechtspraak erkende dubbele functie van compensatie ('Ausgleich') en genoegdoening ('Genugtuung'). Vervolgens komt de door het BGH erkende preventiefunctie van smartengeld bij de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' (nrs. 331: paragraaf 2.3) aan de orde en tenslotte wordt de zogenaamde 'Überwindungsfunktion' behandeld die uit de literatuur afkomstig is (nr. 332: paragraaf 2.4).

2.2 'Ausgleich' en 'Genugtuung'

2.2.1 Erkenning van de dubbele functie van smartengeld

323 Het BGH laat zich in 1955 in een nog steeds belangrijke uitspraak uit over de functie van smartengeld.²⁴ Het BGH bepaalt dat de vordering tot smartengeld geen

18 Deutsch, 1976, p. 72 en idem, 1996, nr. 19. Deutsch gebruikt in dit verband ook de term 'Garantie'. Zie over deze functie uitgebreid hierna nrs. 374-375.

19 Jahr, AcP 1983, p. 737 noot 78; Larenz, 1987, par. 27 I, p. 425; Lange, 1990, p. 11-12; Staudinger-Schiemann, 1998, Vorbem par. 249, Rz 37; Soergel-Mertens, 1990, Vor par. 249, Rz 26; Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 9.

20 Deutsch, JZ 1971, p. 245-246 en idem 1976, p. 70-71.

21 Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 9. De 'Genugtuungsfunktion' speelt vooral bij smartengeld een belangrijke rol, zie hierna nrs. 323 en 325-329.

22 Soergel-Mertens, 1990, Vorbem par. 249, Rz 25-27; Lange, 1990, p. 12; Larenz, 1987, par. 27 I, p. 423; Staudinger-Hager, 1999, Vorbem par. 823, Rz 11.

23 Staudinger-Schiemann, 1998, Rz 1; Schlechtriem, 2000, nr. 180.

24 BGHZ 18, 149 (6-7-1955).

gewone vordering tot schadevergoeding is, maar een eigen aard heeft. Smartengeld heeft diensgevolge een dubbele functie:

“Das Schmerzensgeld hat rechtlich eine doppelte Funktion. Es soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich bieten für diejenigen Schäden, für diejenige Lebenshemmung, die nicht vermögensrechtlicher Art sind. Es soll aber zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, daß der Schädiger dem Geschädigten für das, was er ihm angetan hat, Genugtuung schuldet.”²⁵

Naast de compensatiefunctie ('Ausgleichsfunktion') heeft smartengeld dus ook nog een genoegdoeningsfunctie ('Genugtuungsfunktion'). Vervolgens stelt het BGH de compensatiefunctie voorop. In eerste instantie wordt de hoogte van het smartengeld daarom bepaald door de "Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden und Entstellungen".²⁶

De erkenning van de genoegdoeningsfunctie heeft tot doel de schuld van de aansprakelijke en diens vermogenspositie een rol te laten spelen. Zou smartengeld uitsluitend een compensatiefunctie hebben, dan zou dit minder eenvoudig te rechtvaardigen zijn geweest.

Het BGH hanteert drie argumenten die volgens hem leiden tot erkenning van de genoegdoeningsfunctie. In de *eerste plaats* bevatten noch par. 847 BGB noch de relevante wetsgeschiedenis enige beperking ten aanzien van de woorden "billige Entschädigung". De rechter mag ter bepaling van de omvang van de verbintenis tot smartengeld alle omstandigheden van het geval meenemen.²⁷ In de *tweede plaats* wordt gewezen op de historische achtergrond van vergoeding van immateriële schade. Smartengeld heeft zich uit het strafrecht ontwikkeld en hoewel het geen direct poenaal karakter heeft, speelt er toch nog altijd een element van genoegdoening mee.²⁸ In de *derde plaats* wordt de aard van de schade naar voren geschoven. Deze brengt mee dat de omvang van de schade zich niet rekenkundig laat vaststellen zoals bij vermogensschade in principe wel mogelijk is. Een eenzijdig vasthouden aan de compensatiefunctie is dan ook niet mogelijk. Dit speelt met name indien:

- a) de omvang van de immateriële schade zo groot is dat van compensatie eigenlijk geen sprake meer kan zijn;
- b) de gelaedeerde geen subjectief bewustzijn meer heeft van de schade en compensatie dus niet meer mogelijk is;
- c) de benadeelde rijk is en daarom niet kan worden gecompenseerd door de toekenning van smartengeld.

Het BGH overweegt ten aanzien van geval b) dat de toekenning van smartengeld op grond van par. 847 BGB weliswaar de 'Ausgleich' dient, maar dat dit 'Ausgleichszwecks' geen voorwaarde is voor de toekenning van smartengeld.

25 BGHZ 18, 149, 154 (6-7-1955).

26 BGHZ 18, 149, 154 en 167 (6-7-1955).

27 BGHZ 18, 149, 151-154 (6-7-1955).

28 BGHZ 18, 149, 155 (6-7-1955). Op deze plaats verwijst het BGH naar het Zwitserse recht dat de term 'Genugtuung' bezigt (par. 47, 49 en 60 OR). Kritisch hierover Köndgen, 1976, p. 105-106 omdat dit begrip in Zwitserland bij letselschade neerkomt op 'Ausgleich', terwijl het BGH 'Genugtuung' nu juist van 'Ausgleich' onderscheidt. Zie ook Lange, 1990, p. 436.

In bovengenoemde drie gevallen treedt de genoegdoeningsfunctie naar voren. Deze brengt volgens het BGH de door het schadevoorval veroorzaakte persoonlijke betrekking tussen partijen tot uitdrukking. Deze persoonlijke betrekking blijkt ook uit het feit dat de smartengeldvordering niet vrij vererfbaar of overdraagbaar is.²⁹

2.2.2 Ondeelbaarheid van beide functies

324 Smartengeld heeft dus een dubbele functie (compensatie en genoegdoening), maar dat betekent niet dat de rechter expliciet hoeft te maken welk gedeelte van het smartengeld voor rekening van welke functie komt. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat beide functies ondeelbaar zijn.³⁰ De reden hiervoor is waarschijnlijk dat verzekeringsmaatschappijen geen dekking bieden voor een genoegdoeningsverplichting.³¹ Blijkbaar wilde het BGH vermijden dat de aansprakelijke een deel van het smartengeld uit eigen zak zou moeten betalen. Daarmee zou smartengeld te dicht in de buurt komen van een private boete.

Ook voor het overige verbindt het BGH geen consequenties aan de dubbele functie van smartengeld. In de literatuur is echter wel verdedigd dat 'Genugtuung' en 'Ausgleich' zo verschillend van aard zijn dat zij verschillende rechtsgevolgen moeten hebben. Betoogd is dat genoegdoening slechts past in geval van schuldaansprakelijkheid, geen rol meer speelt als de dader zijn excuses heeft aangeboden of al is gestraft en niet kan worden verschaft door derden (verzekeraar, erven of kwalitatief aansprakelijke persoon). De regels met betrekking tot hoofdelijke aansprakelijkheid zouden ook niet zonder meer van toepassing zijn.³²

2.2.3 Wat betekent 'Genugtuung'?

325 De betekenis van het begrip 'Genugtuung' is niet zonder meer evident en heeft dan ook tot — veelal kritische — beschouwingen aanleiding gegeven.³³ In het onderstaande volgt een nadere plaatsbepaling van dit begrip. Allereerst komt de gedachte aan de orde dat de genoegdoeningsfunctie de uitdrukking is van een persoonlijke betrekking tussen dader en slachtoffer (A); vervolgens wordt aandacht besteed aan genoegdoening in de betekenis van gekrenkt rechtsgevoel (B); tenslotte wordt de verhouding tussen genoegdoening en straf behandeld (C).

A. 'Genugtuung' als uitdrukking van een persoonlijke betrekking tussen dader en slachtoffer

326 Volgens het BGH brengt de verplichting tot betaling van smartengeld een persoonlijke betrekking tussen aansprakelijke en slachtoffer tot uitdrukking.³⁴ In de literatuur is er op gewezen dat deze gedachte niet meer past in het huidige tijdsgewricht. Tegenwoordig betaalt immers niet de aansprakelijke, maar diens aansprakelijkheidsverzekeraar het smartengeld. Van enige relatie tussen aansprakelijke en slachtof-

29 Dit was destijds zo; met ingang van 1-7-1990 (Wet van 14-3-1990, BGBl. I 478) zijn deze beperkingen komen te vervallen.

30 Zie met verwijzingen Staudinger-Schäfer, 1986, par. 847, Rz 11 en Deutsch, 1995, Rz 477.

31 Honsell, VersR 1974, p. 206; Deutsch, 1976, p. 473-474 en idem, 1996, nr. 908; MK-Stein, 1997, par. 847, Rz 3.

32 Stoll, 1964, p. 155. Zie voor een overzicht ook Deutsch, JuS 1969, p. 201.

33 Zie met verwijzingen Staudinger-Schäfer, 1986, par. 847, Rz 9.

34 BGHZ 18, 149 (6-7-1955), zie hierboven nr. 323.

fer is dan ook geen sprake. Op grond daarvan verwerpen veel schrijvers de genoegdoeningsfunctie.³⁵

Een persoonlijke betrekking komt slechts tot stand, indien de aansprakelijke het smartengeld dat op grond van de genoegdoeningsfunctie is toegekend, zelf zou moeten betalen. Daartoe is evenwel vereist dat de rechter de beide functies duidelijk splitst. Deze consequentie is dan ook wel bepleit.³⁶

B. Gekrenkt rechtsgevoel

327 Onder genoegdoening verstaat Stoll "Besänftigung des Verletzten durch Sühnung der Tat."³⁷ Het gaat erom dat het rechtsgevoel van de benadeelde is gekrenkt door het handelen van de veroorzaker van de schade. Dit betekent volgens hem dat 'Genugtuung' 'unrechtsbezogen' is en niet 'schadensbezogen'. Hiermee wordt uitgedrukt dat het rechtsgevoel ook geschokt kan zijn zonder dat er sprake is van schade, zoals in geval van een poging tot het plegen van een onrechtmatige daad.³⁸

Het rechtsgevoel wordt echter niet alleen gekrenkt bij het toebrengen van immateriële schade. Stoll stelt dan ook voor dat de toepassing van de genoegdoeningsfunctie niet beperkt blijft tot de gevallen waarin 'Persönlichkeitsgüter' worden aangetast. Ter verschaffing van genoegdoening moet smartengeld ook kunnen worden toegekend in geval van moedwillige vernietiging of onrechtmatig gebruik van een aan een ander toebehorende zaak, bij 'rücksichtlose' schending van de grenzen van het stuk grond van een ander, wegens slaafse nabootsing en bij opportunistische wanprestatie.³⁹ De Duitse rechter is hem hierin echter niet gevolgd.

C. 'Genugtuung' en straf

C.1 Historische achtergrond

328 Het tweede argument ter onderbouwing van de 'Genugtuungsfunktion' was historisch van aard.⁴⁰ Volgens het BGH heeft het smartengeld zich uit het strafrecht ontwikkeld en de gevolgen daarvan doen zich nog altijd gevoelen ook al ligt de nadruk thans op schadevergoeding. Letterlijk zegt het BGH het als volgt:

"Wenn auch den Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung, auch denen auf Entschädigung wegen immaterieller Schäden, kein unmittelbarer Strafcharakter mehr innewohnt, so schwingt doch in dem Ausgleichsgedanken auch heute noch etwas vom Charakter der Buße, oder, um mit dem treffenden Ausdruck der entsprechenden Schweizer Rechtseinrichtung zu reden, der Genugtuung mit."⁴¹

35 Bötticher, AcP 1959/60, p. 398; Honsell, VersR 1974, p. 206; Köndgen, 1976, p. 99; Kötz, 1987, p. 393 en idem, 1998, Rz 521; Lorenz, 1981, p. 44; Nehlsen-von Stryk, JZ 1987, p. 126.

36 Stoll, 1964, p. 155.

37 Stoll, 1964, p. 152. Vgl. ook Von Tuhr-Peter, 1979, p. 126 die schrijft dat de bedragen die de dader als smartengeld worden afgenomen "(...) zur Besänftigung des Rachegefühls dienen, welches auch beim modernen Menschen, trotz Christentum und Zivilisation, nicht erloschen ist."

38 Stoll, 1964, p. 154.

39 Stoll, 1964, p. 153.

40 Zie BGHZ 18, 149 (6-7-1955) en hiervoor nr. 323.

41 BGHZ 18, 149, 155 (6-7-1955).

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

In de Duitse literatuur is er op gewezen dat het verband tussen smartengeld, straf en genoegdoening geen zeer diepe wortels heeft in de geschiedenis, maar een creatie is van de negentiende eeuw. De genoegdoeningsfunctie is ontstaan als gevolg van de destijds geldende rigide opvattingen omtrent het begrip schade. De meeste Duitse schrijvers in die tijd waren namelijk van mening dat schade slechts vermogensschade betekende.⁴² Immateriële schade vormde vanuit die optiek per definitie dus geen schade. Als logisch gevolg hiervan werd smartengeld als straf gekwalificeerd. Type-rend voor deze opvatting zijn de woorden van Windscheid:

“Aber es ist zu bedenken, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen sind; das Schmerzensgeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muß es Strafe sein.”⁴³

Het verschil in aard tussen smart en geld vormde derhalve een onoverbrugbaar obstakel. Als consequentie van deze gedachtegang ontstond in aansluiting op de geschriften van Von Jhering de zogenaamde ‘Genugtuungstheorie’. Aan deze theorie lag de overtuiging ten grondslag dat, omdat geld en leed onvergeloijkbare grootheden zijn, degene die in een immaterieel belang is aangetast slechts genoegdoening kan verkrijgen en geen schadevergoeding.

Intussen hadden onder invloed van het werk van Wächter⁴⁴ de meeste schrijvers evenwel aanvaard dat leed door geld kan worden gecompenseerd. Smartengeld strekte derhalve tot schadevergoeding. Het verschil tussen beide theorieën is evenwel meer dan een kwestie van benaming. Degenen die smartengeld als schadevergoeding zagen, wilden bij de vaststelling van de hoogte alleen aandacht schenken aan de omstandigheden van de benadeelde. De aanhangers van de genoegdoeningstheorie wilden daarentegen ook gewicht toekennen aan de schuld van de veroorzaker van de schade. Desalniettemin benadrukten zij de ‘Ausgleichsgedanke der Genugtuung’.

Samengevat leidt dit tot het volgende. Hoewel de genoegdoeningstheorie door zich mede te oriënteren op de schuld van de veroorzaker van de schade poenale trekjes vertoonde, is het verband tussen straf en smartengeld vooral een gevolg van de in de negentiende eeuw aangehangen dogmatische overtuiging dat schade slechts vermogensschade betekent.

C.2 Onderscheid naar huidig recht

329 Uit het bovenstaande blijkt dat de band tussen smartengeld, genoegdoening en straf niet zo direct is als het BGH doet voorkomen. Nu het BGH echter bepaalt dat in de ‘Ausgleichsgedanken’ nog iets van de boete ‘mitschwingt’⁴⁵, rijst de vraag of, en zo ja hoe, de begrippen straf en genoegdoening ten opzichte van elkaar kunnen worden afgebakend.

⁴² Zie voor een helder historisch overzicht Nehlsen-von Stryk, JZ 1987, p. 119-127.

⁴³ Windscheid, 1865, par. 455 A. 31. Later, Windscheid, 1875, par. 455 A. 31, komt hij hierop terug. Zie hierover Nehlsen-von Stryk, JZ 1987, p. 121.

⁴⁴ Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen, 1874. Ook Windscheid ging om. Zie voor dit alles Nehlsen-von Stryk, JZ 1987, p. 121-122.

⁴⁵ BGHZ 18, 149 (6-7-1955), zie het eerste citaat uit nr. 328.

Volgens de vaak geciteerde woorden van Stoll heet het dat "das Genugtuungsprinzip ohne den Sühnegedanke nicht lebensfähig ist."⁴⁶ Genoegdoening kan het dus niet stellen zonder het begrip Sühne: boete(doening), vergelding, straf. Daarmee is volgens Stoll nog niet gezegd dat genoegdoening hetzelfde is als straf. Bij de oplegging van straf is de 'Sühne' namelijk een doel op zichzelf ('Selbstzweck'), terwijl zij bij genoegdoening vooral een middel is om de benadeelde tot bedaren te brengen ('besänftigen'). In tegenstelling tot straf heeft genoegdoening voorts niet tot doel af te schrikken. Afschrikking is hoogstens een gewenst neveneffect. De band tussen de begrippen genoegdoening en boete brengt volgens hem wel mee dat de rechter moet nagaan in hoeverre andere sancties het rechtsgevoel van de benadeelde al hebben bevredigd.⁴⁷

Volgens Deutsch heeft de genoegdoeningsfunctie twee 'Wirkungsweisen'. In de eerste plaats maakt zij vergoeding van het gekrenkte rechtsgevoel mogelijk. De 'ethische oder legalistische Schmerzen' van het slachtoffer worden vergoed. Het betreft hier een complementering van de 'Ausgleichsfunktion'. In de tweede plaats werkt de genoegdoeningsfunctie als sanctie op de normovertreding. Deze sanctionering bevat elementen van preventie, 'bewapening' ('Bewehrung') en het zich waarmaken van het recht ('Bewährung des Rechts').⁴⁸ Desalniettemin concludeert hij dat genoegdoening "schadensfern und sanktionsnah" is.⁴⁹

Tegen een dergelijke plaatsbepaling van genoegdoening tussen straf en schadevergoeding zijn in de literatuur vele bezwaren geformuleerd. De gedachte dat smartengeld geen straf is omdat het slechts een middel is ter bevrediging van de benadeelde, is volgens Hirsch onjuist.⁵⁰ Voor de veroorzaker van de schade maakt het niet uit of hij nu een boete moet betalen aan de benadeelde dan wel aan de staat. In beide gevallen zal hij dit als een straf ervaren. Met andere woorden, de aard van de opgelegde maatregel bepaalt of zij als straf heeft te gelden of niet. Een vrijheidsstraf kan het slachtoffer ook genoegdoening verschaffen, maar daarom is dat nog geen civielrechtelijke sanctie. Voorts worden allerlei strafrechtelijke waarborgen omzeild zoals de onschuldpresumptie en het ne bis in idem-beginsel. Tenslotte wordt ook het beginsel van nulla poena sine lege geschonden, aangezien de gevallen waarin smartengeld wordt toegekend wegens schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' niet duidelijk zijn omschreven.

Omdat 'Genugtuung' leek op straf, was het in de literatuur omstreden of het smartengeld gematigd kon worden indien de dader reeds was gestraft. Het BGH heeft uiteindelijk in 1994 bepaald dat dit niet het geval is.⁵¹ 'Genugtuung' neemt dus een eigen positie in tussen compensatie en straf.⁵²

46 Stoll, 1964, p. 152.

47 Stoll, 1964, p. 153.

48 Deutsch, JuS 1969, p. 201-202. Zie ook Deutsch, 1976, p. 473 en idem, 1996, nr. 907.

49 Deutsch, 1976, p. 473 en idem, 1996, nr. 908.

50 Hirsch, 1969, p. 304-327. Zie met verwijzingen ook Staudinger-Schäfer, 1986, par. 847, Rz 9.

51 BGH 29-11-1994, VersR 1995, 351.

52 Dat het BGH met de toekenning van smartengeld bij inbreuken op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' geen 'punitive damages' heeft willen invoeren kan wellicht ook worden afgeleid uit de weigering van het BGH een Amerikaans vonnis ten uitvoer te leggen waarin 'punitive damages' waren toegekend. Het betrof een vordering wegens seksueel misbruik waarin onder andere \$ 400,000 aan 'punitive damages' waren toegekend naast \$ 200,000 aan smartengeld. Zie BGH 4-6-1992, NJW 1992, p. 3096.

2.2.4 Wat betekent 'Ausgleich'?

330 De 'Ausgleichsfunktion' is minder omstreden dan haar tweelingzus. Volgens de klassieke uitspraak uit 1955 houdt deze functie volgens het BGH in dat:

"(...) der Schädiger, der dem Geschädigten über den Vermögensschaden hinaus das Leben schwer gemacht hat, nun durch seine Leistung dazu helfen soll, es ihm im Rahmen des Möglichen wieder leichter zu machen."⁵³

Compensatie heeft in deze uitspraak nog een *subjectief* karakter. De benadeelde die zich door coma niet van zijn toestand bewust is, heeft op grond van de compensatiefunctie geen recht op smartengeld. In dergelijke gevallen treedt volgens het BGH de genoegdoeningsfunctie naar voren.⁵⁴ Van deze opvatting over de compensatiefunctie is het BGH intussen afgestapt. In 1992 kende het op grond van een *objectief* begrepen 'Ausgleichsfunktion' smartengeld toe aan een bewusteloze benadeelde.⁵⁵ Omstreden is sindsdien of de genoegdoeningsfunctie bij smartengeld op grond van par. 847 BGB nog een zelfstandige plaats heeft. Sommige schrijvers menen dat de genoegdoeningsfunctie in deze gevallen is komen te vervallen. Genoegdoening zou nog slechts een factor zijn die de omvang van het smartengeld bepaalt.⁵⁶ Met verwijzing naar een latere uitspraak⁵⁷ van het BGH is dit echter weersproken.⁵⁸

Een tweede controverse in het kader van de compensatiefunctie is de vraag of recht op smartengeld bestaat in geval van bagatelschade.⁵⁹ Onderscheiden moet daarbij worden tussen geringe letselschade enerzijds en schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' anderzijds.

De literatuur is met betrekking tot vergoeding van geringe letselschade verdeeld. Slizyk is kritisch⁶⁰ Lorenz daarentegen is voorstander van schadevergoeding.⁶¹ Hij wijst erop dat heel geringe schade soms niet voor vergoeding in aanmerking zal komen, omdat er dan geen sprake is van een aantasting van het lichaam of de gezondheid in de zin van par. 847 BGB. Om buiten deze grens bagatelschade niet voor vergoeding in aanmerking te laten komen, acht hij onwenselijk. Niet duidelijk is namelijk waar de grens tussen bagatelschade en niet-bagatelschade ligt. De vaststelling van deze grens bij de schadeafwikkeling en in procedures kost tijd en dus geld. Het argument dat het niet billijk zou zijn om bagatelschade te vergoeden, treft geen doel omdat de billijkheid op grond van par. 847 BGB alleen een rol speelt bij de bepaling van de *hoogte* van het smartengeld en niet bij de vraag of er een recht op smartengeld bestaat. Lorenz betwist ook dat verzekeraars meer geld over hebben ter compensatie van de

53 BGHZ 18, 149 (6-7-1955).

54 Zie hiervoor nr. 323.

55 BGHZ 120, 1 (13-10-1992). Zie hiervoor nr. 69.

56 Steffen, NJW 1997, p. 11-12; Löwe, 2000, p. 184-185.

57 BGH 1-2-1993, JZ 1993, 521.

58 Jaeger, VersR 1996, p. 1181.

59 Op grond van een door de regering op 24 september 2001 ingediend wetsvoorstel (Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften) zal in de toekomst onopzettelijk veroorzaakte bagatelschade waarschijnlijk niet meer voor vergoeding in aanmerking komen (zie www.bmj.bund.de). Zie voor een beperking van eerdere voorstellen Huber, DAR 2000, p. 20-31.

60 Slizyk, 2001, p. 43-44.

61 Lorenz, 1981, p. 180-184.

ernstige gevallen indien zij geen bagatelschade hoeven te vergoeden. In de eerste plaats is niet duidelijk wat precies ernstige gevallen zijn. In de tweede plaats is helemaal niet gezegd dat de verminderde uitgaven van verzekeraars inderdaad controleerbaar ten goede komen aan de ernstige gevallen. Tenslotte is ook mogelijk dat mensen hun leed met succes gaan overdrijven zodat verzekeraars uiteindelijk meer geld kwijt zijn.

Het BGH heeft overwogen dat krachtens de tekst van par. 847 BGB in principe iedere aantasting van het lichaam of de gezondheid recht geeft op smartengeld.⁶² Daarom weigerde het op grond van rechtspolitieke of economische argumenten te beslissen dat slechts ernstige aantastingen recht op smartengeld geven. Vervolgens stond het BGH de lagere rechter echter toe in het kader van de billijkheid geen smartengeld toe te kennen in geval van gering letsel. Deze kan besluiten geen smartengeld toe te wijzen indien het gaat om "(...) vorübergehende, im Alltagsleben typische und häufig auch aus anderen Gründen als einem besonderen Schadensfall entstehende Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens (...)". De lagere rechter kent lang niet altijd smartengeld toe in geval van gering letsel, maar soms doet hij dat wel.⁶³

Anders ligt de situatie bij een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht'. In de Ginseng Wurzeln-uitspraak heeft het BGH immers als voorwaarde voor de toekenning van smartengeld gesteld dat de inbreuk ernstig moet zijn.⁶⁴ Dit staat aan de vergoeding van bagatelschade in de weg. De literatuur is verdeeld. Positief over deze jurisprudentie is Schäfer die meent dat voorkomen moet worden dat mensen door smartengeld te vorderen 'verdienen' aan onbeduidende inbreuken.⁶⁵ Andere auteurs hebben betoogd dat de geringe ernst van de schade tot uitdrukking moet komen bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld in plaats van de vordering geheel uit te sluiten. Volgens Lorenz dient de vordering tot smartengeld wegens de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' niet aan meer voorwaarden gebonden te zijn dan de vordering die op par. 847 BGB is gebaseerd. Beide categorieën betreffen immers bescherming van de persoonlijkheid.⁶⁶ Löwe merkt op dat angst voor een stortvloed van claims ongegrond is, omdat de geringe immateriële schade veelal hersteld kan worden en smartengeld dan niet meer in aanmerking komt.⁶⁷ Peifer merkt ten-

62 Zie bijvoorbeeld BGH 14-1-1992, VersR 1992, 504.

63 Slizyk, 2001, p. 508-515 noemt een hele reeks van uitspraken waarin geen smartengeld werd toegekend. Tegelijkertijd bevat zijn jurisprudentieverzameling uitspraken waarin wel geringe bedragen aan smartengeld werden toegekend voor gering letsel. Zo werd soms smartengeld toegekend wegens geringe aantastingen van haar: AG Siegen 19-6-1990, NJW-RR 1990, 1248 (DM 200 aan een vrouw die een 'Shock' had ondervonden toen zij in de spiegel zag hoe haar mislukte permanent eruit zag); AG Charlottenburg 7-12-1992, Slizyk, 2001, nr. 1649, p. 92 (DM 150 wegens 'Rötung der Kopfhaut' waar de benadeelde 1 à twee dagen last van had gehad); AG Michelstadt 14-9-1994, Slizyk, 2001, nr. 2013, p. 516 (de rechter kende een smartengeld van DM 166 toe wegens bloeditstorting, een schaafwond aan de slaap en hoofdpijn); AG Forchheim 25-11-1998, Slizyk, 2001, nr. 2595, p. 516 (DM 200 smartengeld wegens het feit dat een vrouw ten gevolge van een motorongeval gedurende 1 dag met krukken moest lopen). Kritisch over de toekenning van smartengeld wegens gering letsel MK-Stein, 1997, par. 847, Rz 45.

64 BGHZ 35, 363 (19-9-1961), zie hiervoor nr. 19.

65 Staudinger-Schäfer, 1986, par. 847, Rz 147 aa).

66 Lorenz, 1981, p. 27-28.

67 Löwe, 2000, p. 182.

slotte op dat voor een nader vereiste geen reden is nu een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' in die zin al moeilijk is dat de 'Rechtswidrigkeit' niet geïndiceerd is en dus een belangenafweging plaats dient te vinden.⁶⁸

2.3 Preventie

331 De functie van vergoeding van immateriële schade wegens een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' wijkt in een aantal opzichten af van smartengeld dat op grond van par. 847 BGB wordt toegekend.

In de eerste plaats is de hiërarchie van de functies anders. Bij smartengeld wegens een aantasting van de in par. 847 BGB genoemde rechtsgoederen stelde het BGH in 1955 de 'Ausgleichsfunktion' voorop.⁶⁹ In de 'Ginseng-Wurzeln'-uitspraak besliste het BGH echter dat in geval van een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' de 'Genugtuungsfunktion' voorop staat.⁷⁰ De reden hiervoor is niet geheel duidelijk. In beide gevallen gaat het immers om bescherming van (aspecten van) de persoonlijkheid. Dit verband kwam duidelijk naar voren in een 'wrongful birth'-zaak waarin het BGH overwoog dat de bescherming van het 'Körper' door par. 823 I BGB moet worden beschouwd als een manifestatie van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht'.⁷¹ Tegen die achtergrond is een onderscheid tussen de functie van vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de fysieke integriteit op grond van par. 847 BGB en de functie van smartengeld wegens een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' dan ook moeilijk te maken.

Voorts blijkt uit een tweetal reeds in Hoofdstuk VI besproken beslissingen van het BGH dat preventie bij vergoeding van immateriële schade wegens de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' een belangrijke rol speelt.⁷² Beide beslissingen worden in verband met de voornaam van de benadeelde – prinses Caroline van Monaco – als Caroline I en Caroline II aangeduid.

In de eerste zaak had Caroline geweigerd om een interview te geven met als gevolg dat een verzonnen interview werd gepubliceerd.⁷³ Caroline vorderde onder meer DM 100.000 smartengeld, maar het LG en het OLG kenden slechts DM 30.000 toe. Het BGH vernietigde de uitspraak van het OLG echter en overwoog dat smartengeld wegens een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' geen smartengeld *in de eigenlijke zin van het woord* is. Het recht op smartengeld is een "Rechtsbehelf der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG" teruggaat. Zonder een recht op smartengeld zou de bescherming van de persoonlijkheid niet voldoende zijn. In de woorden van het BGH:

68 Peifer, ZVglRWiss 96 (1997) 94.

69 BGHZ 18, 149 (6-7-1955) zie hierboven nr. 323.

70 BGHZ 35, 363 (19-9-1961), zie hiervoor nr. 19.

71 BGH 18-3-1980, NJW 1980, p. 1452.

72 Zie hiervoor nr. 232.

73 BGHZ 128, 1 (15-11-1994).

“Die Zubilligung einer Geldentschädigung beruht auf dem Gedanken, daß ohne einen solchen Anspruch Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion blieben mit der Folge, daß der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde.”

Bovendien, zo vervolgde het BGH, “soll der Rechtsbehelf der Prävention dienen.”

Het *bestaan* van een recht op smartengeld wegens een inbreuk op het ‘algemeen Persönlichkeitsrecht’ was wel eerder in verband gebracht met preventie.⁷⁴ Nieuw is echter dat het BGH bepaalt dat om een effectief beschermingsniveau te realiseren, met het oog op preventie een hoger bedrag aan smartengeld kan worden vastgesteld. Voorwaarde daarvoor is wel dat de inbreuk op het ‘algemeen Persönlichkeitsrecht’ opzettelijk en met winstoogmerk geschiedde. Hoewel van (de hoogte van) het smartengeld een echt ‘Hemmungseffekt’ moet uitgaan, betekent bovenstaande regel niet dat de inbreukmaker zijn winst moet afdragen, aldus nog steeds het BGH. Het BGH verwijst de zaak terug en het OLG Hamburg kent uiteindelijk een smartengeld van DM 180.000 toe.⁷⁵ Het BGH heeft Caroline I ongeveer een jaar later bevestigd in Caroline II.⁷⁶

In de literatuur zijn Caroline I en II zowel bejubeld als bekritiseerd als zijnde een privaatrechtelijke boete.⁷⁷ Voor- en tegenstanders gaan er hierbij vanuit dat winstafdracht mogelijk is. Steffen heeft dit echter weersproken.⁷⁸

De vordering tot smartengeld wegens de inbreuk op het ‘algemeen Persönlichkeitsrecht’ betreft volgens de Caroline-arresten geen smartengeld in de eigenlijke zin van het woord. Löwe stelt daarom voor in geval van de schending van het ‘algemeen Persönlichkeitsrecht’ niet meer van ‘Schmerzensgeld’ te spreken, maar van ‘Kränkungsgeld’. Het BVerfG kiest voor eenzelfde onderscheid door in relatie tot de inbreuk op het ‘algemeen Persönlichkeitsrecht’ niet te spreken van ‘Schmerzensgeld’, maar van ‘Geldentschädigung’. Expliciet overweegt het BVerfG

“(…) der Unterschied zu dem Schmerzensgeld zeigt sich neben der unterschiedlichen Rechtsgrundlage auch in der abweichenden Terminologie (...).”⁷⁹

De vraag rijst of er überhaupt nog wel sprake is van een schadevergoedingsvordering of dat de vordering tot ‘Kränkungsgeld’ een rechtsmiddel met eigen regels vormt.⁸⁰

Preventie als gezichtspunt bij bepaling van de hoogte van smartengeld wegens schending van het ‘algemeen Persönlichkeitsrecht’ is geaccepteerd door het BVerfG.⁸¹

74 In BGH 22-1-1985, NJW 1985, 1617, 1619 werd reeds overwogen dat zonder een recht op smartengeld de menselijke persoon onvoldoende beschermd zou worden hetgeen vanuit preventief oogpunt onwenselijk zou zijn: “(...) so wäre ein Zustand der Schutzlosigkeit (...) gegeben, der bei dem hohen Stellenwert der in den Art. 1 und 2 GG geschützten Grundrechte schon aus präventiven Gründen nicht hingenommen werden kann.” Zie Löwe, 2000, p. 183.

75 OLG Hamburg 25-7-1996, NJW 1996, 2870.

76 BGH 5-12-1995, VersR 1996, 339, zie hiervoor nr. 232.

77 Kritisch is Seitz, NJW 1996, p. 2848-2850 en Lange, VersR 2000, p. 274-282, positief is Prinz, NJW 1996, p. 953-958.

78 Steffen, NJW 1996, p. 10-14. Zie voor een verdere bespreking van de literatuur hiervoor nr. 232.

79 BVerfG 8-3-2000, VersR 2000, p. 897.

80 Zie over deze vraag verder hierna nr. 367.

81 BVerfG 8-3-2000, VersR 2000, p. 897, zie hiervoor nr. 232.

2.4 'Überwindungsfunktion'

332 Naast de 'Ausgleichsfunktion' en de 'Genugtuungsfunktion' is in de literatuur nog de zogenaamde 'Überwindungsfunktion' van smartengeld verdedigd.⁸² Deze functie stoelt op de gedachte dat geld alleen de benadeelde niet vermag te compenseren. Na enige tijd zal hij namelijk gewend zijn aan zijn door het smartengeld verhoogde levensstandaard, zodat hij zijn leed weer zal voelen. Het leed zal pas verdwijnen, indien het slachtoffer dit zelf wil en zichzelf daartoe inspant. 'Überwindung' betekent niet slechts overwinning, maar ook zelfoverwinning. Het doel van de toekenning van smartengeld is om hem daarbij, bij het 'überwinden' van zijn leed, te helpen.

Natuurlijk moet ook los van de 'Überwindungsfunktion' niet worden uitgesloten dat het slachtoffer door de toekenning van smartengeld zijn leed overwint. In dat geval is het te boven komen van het leed slechts een wenselijk neveneffect. Het is geen zelfstandige functie, maar een 'Reflexfunktion'.⁸³ De 'Überwindungsfunktion' echter, maakt het overwinnen van het leed door de benadeelde tot de primaire inzet van het smartengeld. De hoogte van het smartengeld dient daarom niet zoals bij de 'Ausgleichsfunktion' te worden bepaald aan de hand van de objectieve ernst van de aantasting, maar door de objectieve moeite die het overwinnen van het leed het slachtoffer zal kosten. Men spreekt in dat verband van de 'objectiven Schwierigkeitsgrad der subjektiven Lebenshemmung'.⁸⁴ Door de objectieve moeite tot uitgangspunt te nemen, wordt geabstraheerd van de individuele karaktereigenschappen van het concrete slachtoffer. Bij de vaststelling van het smartengeld dient de rechter dan ook de kleinerigheid ('Wehleidigkeit') van het slachtoffer, zijn afwijkende neigingen ('abartiger Neigungen'), zijn geringe psychische weerstand en zijn overige 'unwertiger Charaktereigenschaften' buiten beschouwing laten.

Het is niet de bedoeling dat de 'Überwindungsfunktion' de 'Ausgleichsfunktion' en de 'Genugtuungsfunktion' vervangt; slechts in bepaalde gevallen treedt zij naar voren. Daarbij wordt vooral gedacht aan ernstige aantastingen in de persoon.

Deze theorie heeft niet veel weerklank gevonden. In de eerste plaats maakt zij het werk van de rechter er niet eenvoudiger op nu deze moet bepalen of het voorliggende geval zich leent voor de toepassing van de 'Überwindungsfunktion' of dat de beide andere functies van toepassing zijn.⁸⁵ In de tweede plaats is het moeilijk te bepalen of het leed nu het gevolg is van de 'minderwertigen Charaktereigenschaften' van de benadeelde of niet. De rechter kan daarover pas een verantwoord oordeel vellen op basis van een onderzoek van de persoonlijkheidsstructuur van de benadeelde. Een dergelijk onderzoek kan en mag echter niet plaatsvinden. De benadeelde zou daardoor vaak ernstiger in zijn persoon worden aangetast dan door de jegens hem gepleegde onrechtmatige daad.⁸⁶ In de derde plaats wordt door abstrahering van de persoonlijkheidsstructuur van de benadeelde — Köndgen spreekt van 'entsubjektivieren' — afge-

82 Grondlegger is Eickhoff, 1957, zie Lorenz, 1981, p. 46. Zie verder Esser, 1971, par. 113 I 3b en Esser-Weyers, 1991, par. 61 II nr. 1a).

83 Lorenz, 1981, p. 113.

84 Lorenz, 1981, p. 47.

85 Lorenz, 1981, p. 114.

86 Lorenz, 1981, p. 112, 114-115. Vgl. in dit verband MK-Mertens, 1986, par. 847 BGB, Rz 16 en 20.

weken van de normale regels van het aansprakelijkheidsrecht. In Duitsland is het namelijk de regel dat de 'Schadensgeneigtheit' van het slachtoffer voor risico is van de aansprakelijke persoon.⁸⁷

Tenslotte is de 'Überwindungsfunktion' wel afgedaan als een variatie op de 'Ausgleichsfunktion'. Zij geeft hoogstens een eigen verklaring voor de wijze waarop het leed van het slachtoffer door de toekenning van smartengeld wordt gecompenseerd.⁸⁸

87 Köndgen, 1976, p. 82. Op de regel dat psychische labiliteit voor rekening van de aansprakelijke komt, wordt een uitzondering gemaakt in geval van renteneurose, zie Staudinger-Schiemann, 1998, par. 249, Rz 39-42.

88 Böttcher, DJT 1965, Referat C12; Köndgen, 1976, p. 82; Esser-Weyers II, 1991, par. 61 II nr. 1.

NEDERLAND

1. Functies van het schadevergoedingsrecht

333 In Nederland stellen de meeste schrijvers compensatie centraal als functie van het schadevergoedingsrecht.⁸⁹ Enkelen, zoals Barendrecht, zijn van mening dat niet *compensatie* maar *herstel* de primaire functie van het schadevergoedingsrecht zou behoren te zijn.⁹⁰ De benadeelde moet in staat worden gesteld zoveel mogelijk in de feitelijke situatie te komen die zou hebben bestaan zonder het schadetoebrengende feit. Geen compensatie maar restitutio in integrum derhalve.⁹¹ Bloembergen relateert de verschillen tussen beide benaderingen.⁹² Als voorbeeld voert hij een emmer vol vermogensbestanddelen op, waaruit door een onrechtmatige daad iets verdwenen is. In zijn benadering moet de aansprakelijke persoon iets geven dat gelijkwaardig is aan hetgeen verdwenen is uit de emmer. In de opvatting die herstel centraal stelt, moet hij de emmer weer in volle toestand brengen. Beide benaderingen komen volgens hem op hetzelfde neer. Maeijer keert zich tegen herstel als primaire functie van het schadevergoedingsrecht.⁹³ Herstel is naar zijn mening nooit mogelijk en volgens hem is de wezenlijke vraag waarvoor het recht is geplaatst de volgende. Hoe moet thans, nu de schadetoebrengende gebeurtenis zich heeft voorgedaan, gereageerd worden? Bij beantwoording van die vraag moet zowel met de belangen van de benadeelde als met die van de aansprakelijke persoon rekening worden gehouden.

Andere in de literatuur genoemde functies zijn: genoegdoening van de benadeelde, ongedaanmaking van verrijking van de aansprakelijke persoon, rechtshandhaving⁹⁴, preventie⁹⁵ en straf^{96, 97}. Verder worden ook spreiding van schade en kostenallocatie vermeld als functie.⁹⁸

89 Bloembergen, 1982, p. 2; Van Emmerik, 1997, p. 10; Lindenberg, Schadevergoeding (losbladige), Inleiding, aant. 4. Zie ook in constaterende zin Van Dam, 1989, nr. 151.

90 Barendrecht/Storm, 1995, p. 16-17.

91 Zowel Asser-Hartkamp, 4-I, 2000, nr. 415 als Spier, Hartlief, Van Maanen en Vriesendorp, 2000, nr. 9 lijken uit te gaan van de herstelfunctie, maar zij contrasteren herstel niet met compensatie.

92 Bloembergen, 1965, nr. 82.

93 Maeijer, 1962, p. 77-81.

94 Met name De Groot, VR 1980, p. 49-58. Zie over deze functie uitgebreid hierna nrs. 361-377.

95 Deze functie is met name door Wertheim, 1930, p. 20-57 uitgewerkt. Zie over zijn persoon en werk Verheij, Interview, NJB 1998, p. 1297-1304 en Kerkmeester, RdW 1999/1, p. 1-32. Zie ook Van Dam, 1989, nrs. 157-166.

96 'Punitive damages' zijn bepleit door Verkade, BIE 1985, 333; Bolt en Lensing, 1993. Zie ook Schirmeister, 1996, hoofdstuk 3 en Kerkmeester, NJB 1998, p. 1807-1813.

97 Bloembergen, 1982, p. 2 en Van Nispen, 1988, p. 6-7.

98 Van Dam, 1989, nrs. 175-179; Hartlief, 1997, p. 17, 19 en 21-22 en idem, NTBR 2000, 12-14. Zie kritisch over de functie van schadespreiding Nieuwenhuis, 1997, p. 9 e.v.

Het beginsel dat de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding beheerst, is het beginsel dat de schade volledig moet worden vergoed.⁹⁹ Hierop bestaan echter vele uitzonderingen waarvan de beperkte vergoeding van immateriële schade er één is.¹⁰⁰

2. Functies van smartengeld

2.1 Parlementaire geschiedenis

2.1.1 Inleiding

334 Voor wat betreft het bestaan en de inhoud van de functie(s) van smartengeld is de Nederlandse jurist in de eerste plaats aangewezen op de parlementaire geschiedenis die door Overeem is vergeleken met “(...) een mandje waarin verschillende palingen door elkaar kronkelen”.¹⁰¹

Geld en verdriet worden gezien als verschillende (onvergelijkbare) grootheden¹⁰² en dit komt tot uitdrukking in de gehanteerde terminologie. Volgens Meijers kan men niet spreken van schadevergoeding in de eigenlijke zin van het woord. De rechter “(...) zal geen schadevergoeding, maar een schadeloosstelling, een tegemoetkoming toekennen.”¹⁰³ Dat in de wettekst toch het woord ‘schadevergoeding’ wordt gebezigd, is slechts om uit te doen komen dat de andere bepalingen uit afdeling 6.1.10 in beginsel ook op de smartengeldvordering van toepassing zijn.¹⁰⁴

De ratio van vergoeding van immateriële schade is het bewerkstelligen van een genoegdoening in de relatie tussen veroorzaker en benadeelde. Dit verklaart het hoogst persoonlijke karakter, dat meebrengt dat in beginsel alleen de benadeelde de vordering kan instellen.¹⁰⁵

99 Vgl. Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 415; Bloembergen, 1965, nr. 84; idem, 1982, p. 8; Spier, Hartlief, Van Maanen en Vriesendorp, 2000, nr. 196.

100 Andere voorbeelden van uitzonderingen zijn: juridisch causaal verband (art. 6:98 BW), voordeelstoerekening (art. 6:100 BW), eigen schuld (art. 6:101 BW) en rechterlijke matiging (art. 6:109 BW). Zie Bloembergen, 1965, nrs. 85-86 en Spier, Hartlief, Van Maanen en Vriesendorp, 2000, nr. 169.

101 Overeem, 1979, p. 49.

102 PG Boek 6, p. 372. Illustratief voor deze opvatting is de discussie tussen De Gaay Fortman en Minister van Justitie Van Agt waarin de laatste onder meer stelt: “Ik meen dat zijn opvatting (van De Gaay Fortman, AJV) dat immateriële schade niet door geld valt te vergoeden zeer honorabel is.”, PG Boek 6, p. 385.

103 PG Boek 6, p. 377.

104 PG Boek 6, p. 377 noot 1 en p. 388. Zie in dit verband ook Teeuwissen, ANWB/VR 1994, p. 6 die het begrip schade beperkt tot vermogensschade en derhalve stelt dat smartengeld niets te maken heeft met vergoeding van schade.

105 PG Boek 6, p. 381. Hoe de genoegdoening als ratio voor het hele leerstuk zich verhoudt tot genoegdoening als één van de twee functies van smartengeld – zie hierna nr. 335 – blijkt niet uit de parlementaire geschiedenis.

2.1.2 Compensatie en genoegdoening

335 De Nederlandse wetgever heeft zich in navolging van het Duitse recht uitgesproken voor een dubbele functie van smartengeld.¹⁰⁶ Enerzijds maakt smartengeld het leed, zij het dan ook op onvolmaakte wijze, goed. Dit is de *compensatiefunctie*.¹⁰⁷ In verband daarmee is opgemerkt dat de benadeelde door smartengeld in staat wordt gesteld zelf vreugde te vinden door wat hij met het geld kan doen.¹⁰⁸ Anderzijds bevredigt smartengeld het geschokte rechtsgevoel van het slachtoffer doordat van de veroorzaker een opoffering wordt gevergd. Dit is de *genoegdoeningsfunctie*. Op basis van deze laatste functie spelen de schuld van de veroorzaker van de schade, de aard van de aan hem verweten gedraging en de economische omstandigheden van beide partijen een rol bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld.¹⁰⁹

De minister heeft expliciet stelling genomen tegen de door Overeem geuite gedachte dat genoegdoening op een boete neerkomt.¹¹⁰ Het geschokte rechtsgevoel wordt bevredigd door het toekennen van schadevergoeding en niet door het opleggen van een straf. De compensatiefunctie brengt mee dat tussen de omvang van de schade en het smartengeld evenredigheid zal dienen te bestaan, hoewel deze evenredigheid van een andere orde is dan bij de vergoeding van vermogensschade.¹¹¹

Tussen beide functies bestaat geen duidelijke hiërarchie. Aan de toekenning van smartengeld wegens de inbreuk op een persoonlijkheidsrecht komt geen speciale functie toe. Dit is ongetwijfeld debet aan de relatief geringe theorievorming rondom het begrip persoonlijkheidsrecht.¹¹² Slechts terloops wordt in de parlementaire geschiedenis de opmerking gemaakt dat de genoegdoeningsfunctie vooral goed past in geval van een aantasting in de persoon "(...) waarop in art. 6.1.9.11 (nu art. 6:106 BW, AJV) dan ook sterk de nadruk ligt."¹¹³ Uit deze opmerking blijkt niet aan welke gevallen nu precies bij die aantasting in de persoon wordt gedacht. Aangezien bovenstaande woorden ook in een andere context werden gebezigd¹¹⁴, zijn zij onvoldoende om een hiërarchie tussen genoegdoening en compensatie op te baseren.

2.1.3 Nevenfuncties

336 Naast de compensatie- en genoegdoeningsfunctie heeft smartengeld volgens de parlementaire geschiedenis ook nog twee 'meer ondergeschikte' functies. In de eerste plaats kan van de toekenning van smartengeld een preventieve werking uitgaan terzake van de aantasting van de eer en goede naam of van een inbreuk op de priva-

106 PG Boek 6, p. 377 noot 2 verwijst naar BGHZ 18, 149 (6-7-1955), zie hierboven nr. 323.

107 PG Boek 6, p. 377.

108 PG Boek 6, p. 385.

109 PG Boek 6, p. 377.

110 Overeem, 1979, p. 26.

111 PG Boek 6, p. 388.

112 Zie Gerbrandy, 1970, p. 209-232; Verheij, RMTh 1998, p. 339-350 en Lindenberg, TVPr 1999, p. 1665-1707. Ook aan de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten zijn niet heel veel algemene beschouwingen gewijd, zie Gebrandy, NJB 1964, p. 989-998; Du Bois, Auteursrecht 1984, p. 56-58; Kuypers, Informatierecht/AMI 1988, p. 9-13; Quaadvlieg, 1992 en Spoor/Verkade, 1993, hoofdstuk 7.

113 PG Boek 6, p. 388.

114 Die passage uit de parlementaire geschiedenis had betrekking op het onderscheid tussen genoegdoening en straf.

cy. In de tweede plaats kan smartengeld in sommige gevallen moeilijk aantoonbare vermogensschade compenseren.¹¹⁵

Deze twee functies lijken van een andere orde te zijn dan de compensatie- en genoegdoeningsfunctie. Van compensatie en genoegdoening gaat een sturende werking uit. Zij bepalen bijvoorbeeld welke factoren de rechter bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld in ogenschouw neemt. Voor preventie en moeilijk aantoonbare vermogensschade lijkt dit blijkens de parlementaire geschiedenis echter niet te gelden. Het zijn vooral 'Reflexfuncties'. Elke toekenning van schadevergoeding en dus ook elke toekenning van smartengeld werkt min of meer preventief. Preventie is een automatisch neveneffect. Voorts kan de benadeelde het smartengeld altijd aanwenden ter compensatie van vermogensschade waarvan hij het bestaan niet aanneemelijk heeft kunnen maken.

2.2 Literatuur en rechtspraak

2.2.1 Inleiding

337 Volgens de wetgever heeft smartengeld dus een dubbele functie, te weten compensatie en genoegdoening. In de literatuur is deze keuze niet algemeen geaccepteerd. De meningen botsen met name met betrekking tot de genoegdoeningsfunctie (nr. 338), maar ook de compensatiefunctie is niet volstrekt eenduidig (nr. 339). Een aantal schrijvers heeft een poenale/preventieve functie aan smartengeld toegekend (nr. 340). Tenslotte wordt ingegaan op de nevenfunctie van vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade (nr. 341).

2.2.2 Genoegdoening

338 Volgens Eykman verlangt het genoegdoeningsprincipe een zoenoffer.¹¹⁶ Dit bestaat uit twee elementen: a) de veroorzaker van de schade betaalt zelf de schadevergoeding en b) symboliek. De symboliek vereist een bepaalde strakke vormgeving: de veroorzaker overhandigt de schadevergoeding persoonlijk aan de benadeelde. Deze twee elementen zijn verloren gegaan door de opkomst van de aansprakelijkheidsverzekering. Het genoegdoeningsprincipe zou volgens Eykman wel een basis kunnen verschaffen aan de toekenning van smartengeld aan chronisch bewustelozen¹¹⁷, aan vererving van de vordering tot smartengeld en aan vergoeding van affectieschade.¹¹⁸ Bij verwerping van de genoegdoeningsfunctie is de compensatiefunctie zijns inziens onvoldoende om in die gevallen toch smartengeld toe te kennen.

Ook Lindenbergh is een verklaard tegenstander van de genoegdoeningsfunctie. Hij onderscheidt vier verschillende betekenissen van de term genoegdoening.¹¹⁹ In de eerste plaats wordt dit begrip soms gebruikt om aan te geven dat het leed door de

115 PG Boek 6, p. 382 en 388.

116 Eykman, WPNR 5572 (1981), p. 463.

117 Overeem, 1979, p. 26 signaleert dat uitsluitend vasthouden aan het compensatieprincipe tot problemen leidt indien het slachtoffer buiten bewustzijn is.

118 Eykman, WPNR 5572 (1981), p. 464.

119 Lindenbergh, 1998, p. 38-45.

toekenning van smartengeld niet wordt tenietgedaan. Genoegdoening geeft dan uitdrukking aan de eerder genoemde gedachte dat leed en geld onvergelykbare grootheden zijn.¹²⁰ Deze genoegdoeningsfunctie moet volgens hem worden afgeschaft. Zij heeft in deze betekenis immers geen zelfstandige functie.

De *tweede betekenis* van genoegdoening is 'genoegdoening aan de benadeelde'. Dit brengt hij in de eerste plaats in verband met het *bestaan* van een recht op smartengeld. Onder bepaalde omstandigheden moet een recht op smartengeld worden toegekend ter bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van de gelaedeerde. Zonder een recht op smartengeld zou het privaatrecht niet genoeg doen voor het slachtoffer. Hij heeft dan vooral het oog op gevallen waarin er geen vermogensschade is, de pleger van de onrechtmatige daad een ernstig verwijt valt te maken en de immateriële schade toch substantieel is te noemen. Het gaat hier zijns inziens om de manifestatie van de rechtshandhavingsfunctie welke vooraf gaat aan de compensatiefunctie en daar dus niet tegenover staat.¹²¹ 'Genoegdoening aan de benadeelde' ziet in de tweede plaats op de *omvang* van het smartengeld. Verwijtbaarheid van de veroorzaker van de schade rechtvaardigt een hoger bedrag aan smartengeld. Deze verhoging kan echter eveneens vanuit de compensatiefunctie worden gerechtvaardigd. De redenering is dan dat het slachtoffer extra gekwetst zal zijn, indien hij weet dat de aansprakelijke hem door grove nalatigheid of zelfs opzettelijk schade heeft toegebracht. De immateriële schade is dus groter en daarom heeft het slachtoffer recht op een hoger bedrag aan smartengeld. Op grond van de compensatiefunctie acht Lindenbergh daarom in geval van schuld van de aansprakelijke een betrekkelijk marginale verhoging van smartengeld gerechtvaardigd.¹²²

De *derde vorm van genoegdoening* is 'genoegdoening door de laedens'. De gedachte is dat de laedens boete doet door zich een opoffering te getroosten. Hiervan moet niet te veel worden verwacht nu de meeste aansprakelijkheden door een verzekering worden gedekt. Het feit dat het slachtoffer wellicht bevrediging put uit de omstandigheid dat de veroorzaker van de schade hem schadevergoeding moet betalen, rechtvaardigt volgens Lindenbergh geen hoger bedrag aan smartengeld. Voorts is een dergelijk gevoel van bevrediging niet typisch voor vergoeding van immateriële schade.

In de *vierde plaats* wordt genoegdoening volgens Lindenbergh wel begrepen als genoegdoening van de maatschappij. Deze vorm van genoegdoening erkent hij niet.¹²³

Van Dam¹²⁴ staat daarentegen positief ten opzichte van de genoegdoeningsfunctie. Deze functie ziet volgens hem niet slechts op herstel van het gekrenkte rechtsgevoel van de benadeelde zelf, maar ook op dat van de maatschappij. Niet alleen het evenwicht tussen partijen, maar ook het maatschappelijk evenwicht dat door de onrechtmatige daad is verstoord dient te worden hersteld. Toekenning van smartengeld aan

120 PG Boek 6, p. 372, zie hiervoor nr. 334.

121 Lindenbergh, 1998, p. 40. Lindenbergh zet niet uiteen wat hij precies onder de rechtshandhavingsfunctie verstaat en waarom deze vooraf gaat aan de compensatiefunctie. De rechtshandhavingsfunctie komt hierna aan de orde in nrs. 361-381 (Hoofdstuk X).

122 Op weer een andere plaats (1998, p. 299) stelt hij dat schuld zijns inziens vooral een rol speelt in het kader van de matigingsvraag (6:109 BW).

123 Lindenbergh, 1998, p. 42.

124 Van Dam, TvC 1991, p. 97-100.

een benadeelde houdt in dat deze juist heeft gehandeld en het argument dat de genoegdoeningsfunctie alleen werkt als niet de verzekeraar, maar de veroorzaker zelf hoeft te betalen gaat volgens Van Dam dan ook niet op.¹²⁵ Hij citeert in dit verband Lord Devlin die meende dat het bedrag aan smartengeld dusdanig dient te zijn dat de benadeelde "(...) can hold up his head among his neighbours and say with their approval that he has done the fair thing."¹²⁶

De opvatting dat genoegdoening slechts zin heeft in het kader van de schuld aansprakelijkheid verwerpt Van Dam.¹²⁷ Ten eerste is het praktische bezwaar tegen deze opvatting dat het in veel gevallen moeilijk is om een splitsing te maken tussen smartengeld als schadevergoeding en als genoegdoening. Voorts geldt als principieel bezwaar dat vrijwel alle vormen van risico-aansprakelijkheid zijn gebaseerd op vormen van het profijtbeginsel. De aansprakelijke persoon heeft uit vrije keuze deelgenomen aan de schadeveroorzakende activiteit. Het slachtoffer van een dergelijke activiteit kan zich wel degelijk gekrenkt voelen.

Vergoeding van affectieschade en toekenning van smartengeld aan bewustelozen fundeert Van Dam op de genoegdoeningsfunctie.¹²⁸

De factoren die in het kader van de genoegdoeningsfunctie bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld een rol spelen, zijn volgens Van Dam: de ernst van de fout, de vraag of er sprake was van een vriendendienst, de financiële positie van zowel veroorzaker als benadeelde.

2.2.3 Compensatie

339 De compensatiefunctie is weliswaar minder controversieel, maar dat betekent niet dat duidelijk is wat compensatie inhoudt en welke rechtsgevolgen uit deze functie voortvloeien. Zo is in het verleden wel betoogd dat geleden leed niet door smartengeld gecompenseerd kan worden. Smartengeld dient immers ter compensatie en omdat geleden leed niet meer bestaat, is er dus geen sprake van schade. Toekenning van smartengeld zou dan op een geschenk neerkomen.¹²⁹ Deze opvatting is echter noch in de literatuur, noch in de rechtspraak gevolgd.

Een andere potentiële twistappel is de vraag of de compensatiefunctie eist dat de levensvreugde van de benadeelde moet kunnen toenemen door de toekenning van smartengeld. Met andere woorden: moet ook smartengeld worden toegekend als te betwijfelen valt of de benadeelde hierdoor zijn leed vergeet? Eykman lijkt deze vraag ontkennend te beantwoorden. Bij compensatie ligt volgens hem niet meer de nadruk op de compassie met het slachtoffer, maar op wat hij noemt 'het therapeutisch effect'. Dit therapeutisch effect moet bij ernstig leed, zoals bijvoorbeeld in geval van affectieschade, gering worden geacht.¹³⁰

125 Van Dam, TvC 1991, p. 97-98.

126 West v. Shepard, (1964) AC 326, 357.

127 Van Dam, TvC 1991, p. 98.

128 Van Dam, TvC 1991, p. 99. Vgl. Tjittes, WPNR 6239 (1996), p. 699-700 die de genoegdoeningsfunctie evenmin wil ecarteren en de toekenning van smartengeld aan bewustelozen baseert op een objectief begrepen genoegdoeningsfunctie. Zie over de problematiek van het bewusteloze slachtoffer hiervoor nrs. 68-91 (Hoofdstuk III).

129 Emmering, NJB 1967, p. 1182.

130 Eykman, WPNR 5572 (1981), p. 463-464.

Deze benadering is bestreden met verschillende argumenten.¹³¹ In de eerste plaats zou de consequentie problematisch zijn: slechts relatief gering leed komt voor vergoeding in aanmerking, maar heel ernstig leed niet. Dit is nauwelijks verdedigbaar. Bovendien lijkt deze benadering impliciet¹³² te zijn gebaseerd op de gedachte dat herstel de functie van smartengeld is. Smartengeld heeft echter niet de pretentie om de emotionele schade van de benadeelde te herstellen. In de praktijk wordt de 'therapeutisch effect'-redenering overigens niet gevolgd. Ernstig fysiek letsel wordt bijvoorbeeld vergoed zonder dat de vraag aan de orde komt of het leed van de benadeelde hierdoor wordt verminderd of zelfs wordt weggenomen.¹³³

Op basis van de compensatiefunctie kan ook het tegenovergestelde worden betoogd: alleen leed van een zekere minimale ernst geeft recht op smartengeld, gering leed komt als bagatelschade niet voor vergoeding in aanmerking. De literatuur is op dit punt verdeeld.¹³⁴ Overeem is principieel voor vergoeding van gering leed.¹³⁵ Lindenbergh onderscheidt tussen verschillende categorieën inbreuken. In geval van inbreuken op de fysieke integriteit is hij geen voorstander van het hanteren van een minimum. Bij schending van persoonlijkheidsrechten en bij veroorzaking van psychisch letsel daarentegen wel. Anders dan bij lichamelijk letsel laat de wet zijns inziens de mogelijkheid voor het hanteren van een drempel.¹³⁶ Toekenning van zeer lage bedragen zal bovendien veelal worden opgevat als een onderwaardering van het geschonden belang.¹³⁷

Voor vergoeding van geringe immateriële schade kan een aantal argumenten worden aangedragen.¹³⁸ Ten eerste is de kans dat bij gering leed smartengeld een helende werking heeft groter dan wanneer het om zeer ernstige immateriële schade zoals bijvoorbeeld affectieschade gaat.¹³⁹ Vanuit de benadering die kiest voor het therapeutisch effect kan daar dus geen bezwaar tegen worden aangetekend.¹⁴⁰ Bovendien wordt geringe vermogensschade ook niet bij voorbaat onvergoedbaar geacht.¹⁴¹ Wellicht wegens bovengenoemde redenen trekt de rechtspraak op dit punt

131 Verheij, NTBR 1998, p. 326.

132 Of zelfs onbewust. Eykman, WPNR 5572 (1981), p. 462 zegt namelijk in hetzelfde stuk dat smartengeld eerst aan de orde kan komen daar waar een benadering van de oude toestand niet mogelijk is.

133 Zie de rechtspraak vermeld bij de letselschadecategorieën met betrekking tot ernstig letsel in Jansen, ANWB/VR 2000.

134 Deurvorst, Schadevergoeding (losbladige), Art. 6:106, aant. 13 met verwijzingen.

135 Overeem, 1979, p. 33-34.

136 Niet wordt uitgewerkt in welk opzicht de wet deze mogelijkheid biedt.

137 Lindenbergh, 1998, p. 269-270. Lindenbergh formuleert vervolgens bepaalde minimumbedragen die de rechter zijns inziens moet toekennen als het leed in verband met de ernst daarvan smartengeldwaardig is. Bij geestelijk letsel dient minimaal een bedrag van f 10.000,- te worden toegekend, bij schending van persoonlijkheidsrechten stelt hij als bodembedrag f 2.000,- voor. Tegen vergoeding van gering leed zijn verder Schut, 1991, p. 287 en Wachter, 1978, p. 48-49.

138 Zie voor een pleidooi voor vergoeding van gering leed Verheij, RMTh 1998, p. 342.

139 Overeem, VR 1999, p. 162 betwist dit argument echter met de opmerking dat daarvoor geen bewijs is en dat vergoeding van gering leed hoge transactiekosten met zich brengt. Of dit betekent dat hij terugkomt op zijn standpunt uit Overeem, 1979, p. 33-34 laat hij in het midden.

140 Opmerkelijk genoeg is Eykman, WPNR 5572 (1981), p. 463-464 echter tegen vergoeding van immateriële schade die niet het niveau van een objectiveerbare ziekte heeft.

141 Zie HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196, nt. ARB. Kritisch hierover Kremer, A&V 1999, p. 14-20.

geen heel harde grenzen. Ook gering leed wordt soms vergoed.¹⁴² Ook als het zo zou zijn dat toekenning van geringe bedragen zal worden geïnterpreteerd als onderwaardering van de geschonden belangen¹⁴³ lijkt het voorstel om dan maar helemaal geen smartengeld toe te kennen geen oplossing. De onderwaardering wordt dan nog pijnlijker. Het feit dat het leed gering is, dient derhalve in de *hoogte* van het smartengeld tot uitdrukking te komen, maar dient niet in de weg te staan aan de *vestiging* van de aansprakelijkheid.¹⁴⁴

Een derde controverse betreft de vraag of ook aanspraak op smartengeld bestaat als redelijkerwijze vaststaat dat de benadeelde zich niet bewust is van zijn toestand. In de literatuur is de heersende leer dat geen recht op smartengeld bestaat.¹⁴⁵ Hiervoor worden verschillende argumenten aangedragen: de benadeelde ondervindt geen leed, de benadeelde is niet ontvankelijk voor de vreugde die met smartengeld eventueel kan worden 'gekocht', de nabestaanden worden ongerechtvaardigd verrijkt door het smartengeld. Richtinggevende rechtspraak van de Hoge Raad ontbreekt terzake.¹⁴⁶

Voor een bepaling van het begrip compensatie is tenslotte nog het Druijff-arrest van belang.¹⁴⁷ In deze zaak heeft de 19-jarige timmerman Druijff als gevolg van een arbeidsongeval een dwarslaesie opgelopen waardoor hij permanent van een rolstoel afhankelijk zal zijn. Hij vorderde f 300.000,- smartengeld. Kantonrechter en Rechtbank wezen echter een bedrag van f 200.000,- toe. Bij de Rechtbank had Druijff zich beroepen op een rapport van een revalidatiearts waarin stond dat hij baat zou hebben bij een regelmatig verblijf in een land met hogere temperaturen. Een bedrag van f 200.000,- smartengeld komt neer op f 8.500,- per jaar, terwijl een eenmalig buitenlands verblijf van twee weken in de winter – gezien zijn handicap – al f 15.000,- kost. De Rechtbank oordeelt het door de Kantonrechter toegekende bedrag van f 200.000,- desalniettemin redelijk. Druijff gaat in cassatie, maar de Hoge Raad laat het vonnis van de rechtbank in stand: "De aard van de onderhavige vergoeding brengt echter mee dat deze niet afhankelijk is van de voorgenomen wijze van besteding."

142 Vgl. ANWB/VR 2000. Zie voor gevallen van licht letsel bijvoorbeeld nrs. 1-6 en zie voor wat betreft smartengeld bij niet-letsel bijvoorbeeld nrs. 855-859. Bij de vraag of sprake is van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW eist de Hoge Raad buiten gekwalificeerde gevallen zoals een privacyschending de aanwezigheid van psychisch of geestelijk letsel. Zie over vergoeding van shockschade hiervoor nrs. 92-158 (Hoofdstuk IV).

143 Of dit zo is hangt af van de gevallen die men onder het vage begrip bagatelschade begrijpt.

144 Dat de billijkheidsmaatstaf van art. 6:106 BW evenmin veel houvast geeft is natuurlijk zo, maar dit wordt niet anders door rechtsgevolgen te gaan verbinden aan het eveneens vage begrip 'bagatelschade'.

145 Tegenstanders van toekenning van smartengeld zijn: Emmering, NJB 1967, p. 1182; Knol, 1986, p. 71; Stolker, RMTh 1988, p. 3-29; Teeuwissen, ANWB/VR 1994, p. 10; Lindenberg, 1998, p. 55 en 250-251; Tromp, 1998, p. 113. Voorstanders zijn: Overeem, 1979, p. 30-31; Van Dam, TvC 1991, p. 99 en Tjittes, WPNR 6239 (1996), p. 699-700. Overeem gaat er vanuit dat smartengeld hier de functie heeft leed te vergelden. Tjittes baseert zich op de genoegdoeningsfunctie. Zie nr. 73.

146 Zie voor oudere lagere rechtspraak Overeem, 1979, p. 31. Wanneer de benadeelde uit de coma komt en blijvend letsel oploopt heeft hij uiteraard wel recht op smartengeld, zie ANWB/VR 2000, nrs. 204, 207, 208, 214, 223, 226, 227, 234, 236. Zie hiervoor nr. 72.

147 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, nt. ARB. Zie over dit arrest en Lindenberg, Nieuwsbrief Persoonschade, 2001, p. 3-7 en Wildenburg, TVP 2001, p. 26-28.

In deze uitspraak heeft de Hoge Raad zich derhalve uitgesproken tegen een meer op de persoon toegesneden bepaling van het smartengeld. De rechter die over de feiten oordeelt, hoeft niet te onderzoeken of het toe te kennen bedrag aan smartengeld de benadeelde daadwerkelijk in staat stelt zijn leed te verminderen. Ook het feit dat voor de mogelijke besteding van het smartengeld medische argumenten voorhanden waren, heeft de Hoge Raad kennelijk niet kunnen overtuigen.¹⁴⁸

2.2.4 Preventie en straf

340 Een aantal auteurs ziet in vergoeding van immateriële schade een basis voor de privaatrechtelijke boete.¹⁴⁹ Van Nispen stelt dat art. 6:106 lid 1 sub a BW¹⁵⁰ als basis voor 'punitive damages' kan dienen indien het vereiste van oogmerk niet al te strikt wordt geïnterpreteerd.¹⁵¹ Andere auteurs hebben deze mogelijkheid evenwel van de hand gewezen.¹⁵² Chao-Duivis lijkt smartengeld en boete als synoniemen te beschouwen.¹⁵³ Tenslotte zijn sommige schrijvers van mening dat in de genoegdoeningsfunctie tot op zekere hoogte een element van straf ligt besloten.¹⁵⁴

Vooraf in relatie tot onrechtmatige perspublicaties hebben veel auteurs gepleit voor hogere bedragen aan smartengeld.¹⁵⁵ Hoewel daarbij termen als 'preventie', 'prikkel' en 'afschrikkende werking' werden gebezigd, werd vaak uitdrukkelijk afstand genomen van woorden als '(private) straf', 'punitive damages', 'vindictive damages' of 'exemplary damages'.¹⁵⁶ Toekenning van een preventieve functie aan smartengeld betekent volgens die schrijvers dus kennelijk niet dat smartengeld zich ontwikkelt tot een private boete.

Lindenbergh stelt preventie en straf wel met elkaar gelijk.¹⁵⁷ Hij is van mening dat art. 6:106 BW een recht op schadevergoeding constitueert en geen ruimte biedt

148 Omdat in deze zaak medisch vaststond dat het slachtoffer baat had bij regelmatig verblijf in een warm land, had het slachtoffer beter kunnen betogen dat sprake was van vermogensschade. Vgl. terecht A-G Spier, nrs. 3.8-3.10 van zijn conclusie voor dit arrest.

149 Zie voor een overzicht Verheij, AA 1997, p. 71-81.

150 Volgens deze bepaling bestaat een recht op smartengeld indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had immateriële schade toe te brengen.

151 Van Nispen, 1988, p. 52-53. Zie ook Slok en Van, NJB 1990, p. 1827-1828 en Schirmeister, 1996, p. 158-159.

152 Tjittes, VA 1994, p. 108-109; Elsen, 1995, Rechtshulp, p. 7-12 en idem, 1997, p. 93-107.

153 Chao-Duivis, 1994, p. 61 schrijft: "Art. 6:106 NBW opent de mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade, oftewel 'punitive damages'." Verder heeft zij betoogd dat in bepaalde gevallen de aansprakelijke persoon gedwongen moet worden de schade van het slachtoffer zelf te betalen, zonder terug te kunnen vallen op een verzekeraar. Hoewel dit een vorm van straf is, staat het volgens Chao-Duivis niet haaks op het geldende schadevergoedingsrecht, zie Chao-Duivis, NJB 1990, p. 513-520 en idem, 1993, p. 1-28. Hiertegen Lindenbergh, Nemesis 1995, p. 126-132 en idem, 1998, p. 31-33.

154 Bolt en Lensing, 1993, p. 80-81 en interventie van Van Dam tijdens de vergadering, NVvR 1994, p. 63.

155 De Brauw, 1967, p. 67; Mout, 1978, p. 144; Boukema, NJB 1979, p. 850; Bunschoten, Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht 1987, p. 674; Mendel, 1980, p. 91-95. Zie hiervoor nr. 242.

156 Zie hiervoor nr. 242.

157 Lindenbergh, 1998, p. 46.

voor expliciete vormgeving van de preventiefunctie.¹⁵⁸ Opvallend is wel dat hij erkent dat de grens tussen compensatie en straf bij de toekenning van smartengeld wegens de inbreuk op persoonlijkheidsrechten niet gemakkelijk is te trekken. Letterlijk spreekt hij van "(d)e min of meer vloeiende lijn tussen schadevergoeding en boete op dit gebied."¹⁵⁹ Van Schaik heeft tenslotte gepleit voor overneming van de Duitse benadering. Preventie impliceert volgens hem geen verkapte invoering van 'punitive damages'.¹⁶⁰

Incidenteel heeft een lagere rechter ervan blijk gegeven smartengeld als een private straf te zien door geen smartengeld toe te kennen omdat de pleger van de onrechtmatige daad al strafrechtelijk veroordeeld was.¹⁶¹ Deze uitspraak mag echter als een uitzondering worden beschouwd.¹⁶²

2.2.5 Nevenfunctie: vergoeding moeilijk aantoonbare vermogensschade

341 Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat smartengeld ook de functie kan hebben moeilijk aantoonbare vermogensschade te vergoeden.¹⁶³ Deze functie heeft geen aanleiding gegeven tot veel discussie. De Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid was in 1978 positief¹⁶⁴, maar literatuur is over het algemeen kritisch. Van Wassenae van Catwijck stelt dat in de praktijk smartengeld veelal een 'stoplap-functie' vervult.¹⁶⁵ Dat wil zeggen dat met smartengeld een aantal niet goed te kwantificeren schadeposten wordt vergoed. Hij poneert de stelling dat hoe vollediger het vangnet is waarmee personenschade wordt vergoed, hoe minder groot het 'smartengeld-vangnet' dient te zijn. Dit zou zijns inziens de verklaring kunnen zijn voor het feit dat in België het smartengeldniveau hoger ligt dan in Nederland: de Nederlandse sociale voorzieningen zijn namelijk beter.

158 Lindenberg, 1998, p. 45-49. Hij is overigens ook geen voorstander van een expliciete regeling van de privaatrechtelijke boete los van art. 6:106 BW. Hij ziet meer in een ruime interpretatie van art. 6:104 BW (winstafdracht), zie ook p. 31-33. Overeem, 1979, p. 54 beschouwt de preventie werking van smartengeld als niet meer dan een neveneffect en niet als hoofddoel.

159 Lindenberg, 1998, p. 153.

160 Van Schaik, Mediaforum 1999, p. 169-173. Invoering van 'punitive damages' is in zijn optiek niet aan de rechter.

161 Hof Amsterdam 22 oktober 1975, NJ 1977, 282. In een zaak uit 1975 was een achttienjarige vrouw door haar vader eenmaal gedwongen tot gemeenschap als gevolg waarvan zij van een kind was bevallen. Wonderlijk detail: de vader had de gemeenschap afgedwongen door de eenmalige dreiging van de flat af te springen waarin zijn dochter een kamer had. Het Hof Amsterdam wees de vordering tot smartengeld (f 5.000,-) van de vrouw af omdat smartengeld geen adequaat middel zou zijn om haar immateriële schade ongedaan te maken. Toekenning van een geldsom zou neerkomen op een private straf en eiseres had door de strafrechtelijke veroordeling van haar vader reeds voldoende genoegdoening gekregen, aldus het Hof.

162 Dat zij weinig 'sex appeal' heeft gehad moge onder meer blijken uit de jurisprudentie-verzamelingen terzake van schadevergoeding aan slachtoffers van seksueel misbruik van Warnink, 1995 en Lünne-mann, Piechocki, 2001.

163 Zie hierboven nr. 336.

164 Rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, Deel I, 1978, p. 40.

165 Noot onder Hof Amsterdam 27 juni 1991, VR 1991, nr. 142.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Mout vindt dat vermogensschade en immateriële schade duidelijk moeten worden onderscheiden. Moeilijk aantoonbare vermogensschade blijft vermogensschade en kan door de rechter eventueel ex aequo et bono worden begroot.¹⁶⁶

Lindenbergh is van mening dat indien mocht blijken dat de vergoeding van vermogensschade onbevredigend werkt, op dat gebied een oplossing moet worden gevonden.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Mout, 1978, p. 145-146.

¹⁶⁷ Lindenbergh, 1998, p. 49-50. Kritisch ook Overeem, 1979, p. 67.

FRANKRIJK

1. Functies van het schadevergoedingsrecht¹⁶⁸

342 De overgrote meerderheid van de Franse schrijvers ziet herstel ('réparation') als de primaire functie van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁶⁹ Daarnaast wordt het aansprakelijkheidsrecht in toenemende mate gebruikt ter preventie van schade, ter bestraffing ('peine privée') en ter bereiking van wat als 'rétablissement de la légalité' wordt aangeduid.¹⁷⁰ Deze nevenfuncties van het aansprakelijkheidsrecht worden echter niet gerealiseerd door de toekenning van schadevergoeding, maar door onder andere – kort gezegd – een rechterlijk verbod of bevel, door de oplegging van een dwangsom¹⁷¹, door reële executie en door de opheffing van een onrechtmatige toestand. Het gaat dan dus niet meer om functies van de toekenning van schadevergoeding. Dit is slechts anders voor de straffunctie. De wet fixeert soms bijvoorbeeld de schadevergoeding. Deze krijgt daardoor het karakter van een boete indien de werkelijk geleden schade geringer is. Rechteren hebben voorts de mogelijkheid om schadevergoeding een punitief karakter te geven vanwege de hen door het Cour de cassation toegestane bevoegdheid de schade te waarderen.¹⁷² Verder is in de literatuur betoogd dat de toekenning van schadevergoeding in bepaalde gevallen de functie heeft de aansprakelijke te straffen.¹⁷³

Volgens het Cour de cassation heeft de toekenning van schadevergoeding echter maar één doel, te weten herstel:

"(...) le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de placer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu (...)"¹⁷⁴

168 In Frankrijk bestaat geen goed equivalent van het begrip 'schadevergoedingsrecht'. Men spreekt van 'la responsabilité civile' dat ziet op zowel contractuele aansprakelijkheid als op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dit is hier vertaald met 'schadevergoedingsrecht', aangezien het begrip 'aansprakelijkheidsrecht' in Nederland vaak een beperktere strekking heeft, te weten de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zie bijvoorbeeld het handboek van Van Dam, 2000. Wat betreft de verhouding tussen contractuele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad geldt de regel van 'non-cumul': is er contractuele aansprakelijkheid, dan kan de benadeelde zijn vordering niet baseren op de onrechtmatige daad. Zie voor deze en andere eigenaardigheden uitgebreid Viney, 1995, Chapitre 3 en beknopt Conte/Maistre du Chambon, 2000, nrs. 1, 24-25.

169 Onder andere: Viney, 1988, nr. 2; Le Roy, 1998, nr. 2; Bénabent, 1999, nr. 695; Mazeaud-Tunc I, 1965, nr. 208; Jourdain, 1998, p. 149.

170 Viney, 1988, nrs. 4-13.

171 Hoewel Viney, 1988, nr. 6 hier toegeeft dat het terrein van het aansprakelijkheidsrecht strikt genomen wordt verlaten.

172 Viney, 1988, nr. 6 en zie verder nr. 343.

173 Zie vooral Hugueney, 1904 en Starck, 1947. De verhandeling van Hugueney beperkt zich overigens niet tot het aansprakelijkheidsrecht.

174 Civ. 2e 28-10-1954, JCP 1955, II, 8765.

Andere functies dan herstel spelen in de jurisprudentie *officieel* dan ook geen enkele rol.¹⁷⁵

Denkbaar is dat in verband met de doelstelling van herstel de vergoeding in natura voorop zou staan.¹⁷⁶ Dat is echter niet het geval. Op het gebied van de onrechtmatige daad geeft de wet geen voorkeur voor een bepaalde modaliteit. Ten aanzien van het contractenrecht lijkt de wet zelfs expliciet de voorkeur te geven aan vergoeding in geld.¹⁷⁷ De benadeelde heeft geen recht op vergoeding in natura, aangezien de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft ten aanzien van de keuze tussen vergoeding in natura of de toekenning van schadevergoeding.^{178, 179} In de praktijk komt de toekenning van schadevergoeding het meeste voor.¹⁸⁰

De herstelfunctie heeft wél direct gevolgen voor de bepaling van de *omvang* van de geleden schade. Uit de herstelfunctie wordt namelijk het beginsel van de '*réparation intégrale*' afgeleid: vergoed moet worden de totale schade en niets dan de schade.¹⁸¹ De ernst van de fout van de veroorzaker van de schade mag derhalve geen invloed hebben op de hoogte van de schadevergoeding.

2. Functies van smartengeld

343 De herstelfunctie van het schadevergoedingsrecht levert problemen op in relatie tot immateriële schade.¹⁸² Deze is naar haar aard immers niet reparabel. Daarom heeft de in de literatuur ontwikkelde gedachte van de '*peine privée*' zich vooral ten aanzien van smartengeld gemanifesteerd.¹⁸³ Zo hebben Hugueney¹⁸⁴ en Dupi-

175 Zie evenwel hierna nr. 343.

176 Vergoeding in natura dient goed te onderscheiden worden van '*la suppression de l'illicite*' ('*le rétablissement de la légalité*'), vgl. Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nr. 2440-2446.

177 Art. 1142 Cc bepaalt dat "*toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution*".

178 Bij wijze contrast met '*réparation en nature*' wordt hier wel gesproken van '*réparation par équivalent*', vgl. Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nr. 2452.

179 Viney, 1988, Chapitre I; Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nrs. 2447-2451. Bénabent, 1999, nr. 696 is kritisch over de keuzevrijheid die de rechter toekomt. Hij is van mening dat aan vergoeding in natura voorrang toekomt aangezien het beter past bij de herstelfunctie van het aansprakelijkheidsrecht. Sériaux, 1992, nr. 145 noemt als voordeel van vergoeding in geld dat het slachtoffer vrij is in het gebruik daarvan. De benadeelde mag een aanbod van de aansprakelijke tot vergoeding in nature overigens niet weigeren, vgl. Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nr. 2448.

180 Sériaux, 1992, nr. 145; Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nr. 2452.

181 Mazeaud-Chabas III, 1978, nr. 2332; Viney, 1988, nr. 57; Sériaux, 1992, p. 484; Le Roy, 1998, nr. 2; Bénabent, 1999, nr. 695; Lambert-Faivre, 2000, nrs. 87-88. Sériaux en Lambert-Faivre spreken overigens in dit verband van twee beginselen: 1) de totale schade moet worden vergoed en 2) niets dan de schade moet worden vergoed. Dit laatste beginsel wordt door Lambert-Faivre aangeduid als het '*principe indemnitaire*'. Zij noemt als derde beginsel dat de schade '*réel*' moet zijn. Het beginsel van de '*réparation intégrale*' wordt door haar gelijk gesteld met het Engelse beginsel van '*full compensation*'.

182 Vgl. Jourdain, 1998, p. 132-133.

183 Invloedrijk op dit punt is met name de dissertatie van Starck, 1947. De fakkelt wordt thans gedragen door Roland en Boyer in hun bewerking van het meergenoemde handboek van Starck: *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 1996.

184 Hugueney, 1904, p. 269-278.

chot¹⁸⁵ in het verleden betoogd dat de toekenning van smartengeld geen schadevergoeding, maar bestraffing is en dat preventie dus een grote rol speelt. Carval wijst erop dat dergelijke ideeën voor de hand liggen gezien de aard van de inbreuken. In geval van belediging of aantasting van de privacy bijvoorbeeld, valt de veroorzaker veelal een ernstig verwijt te maken.¹⁸⁶ Roland en Boyer zien in de vergoeding van immateriële schade een "(...) survie de l'idée de peine privée."¹⁸⁷ Hierin zien zij overigens geen reden om smartengeld af te schaffen. Zij zijn voorstander van een praktische benadering waarin per geval wordt bekeken in hoeverre vergoeding van immateriële schade gerechtvaardigd is:

"Au demeurant, cette discussion abstraite ne saisit pas la diversité des situations que l'on range sous ce même vocable de dommage moral. Il convient de faire les distinctions qui s'imposent (...)"¹⁸⁸

De meerderheid van de schrijvers verbindt geen radicale consequenties aan het onvergoedbare karakter van immateriële schade. Viney stelt dat smartengeld niet 'réparatrice', maar 'satisfactoire' van karakter is, maar merkt op dat dit begrip "(...) reste orientée vers la compensation ou l'atténuation des dommages déjà réalisés."¹⁸⁹ Ook Lambert-Faivre spreekt van het 'caractère satisfactoire' van de smartengeldvergoeding. Volgens haar vervult smartengeld allereerst een symbolische rol. Door de toekenning van smartengeld wordt het slachtoffer als persoon, lichaam en ziel, erkend:

"C'est en bref la reconnaissance de sa 'personne', corps et âme, dans toute son identité et son individualité irréductible à toute autre. La psychologie des victimes témoigne de la pérennité des représentations anthropologiques ancestrales, si prégnantes dans la Bible où le sang est principe vital, siège de l'âme (Gen 9-6, Lv 1-5, Mt 26-6)."¹⁹⁰

De toekenning van smartengeld heeft voorts een positief effect op het verloop van het herstel van het slachtoffer. Tenslotte heeft volgens haar de toekenning van smartengeld in geval van lichamelijk letsel de functie om het slachtoffer in de gelegenheid te stellen zichzelf enige vreugde te verschaffen. De gebroeders Mazeaud en Tunc wijzen erop dat niet alleen immateriële schade, maar ook vermogensschade niet wordt gerepareerd in de letterlijke zin van het woord.¹⁹¹ De benadeelde wordt slechts de mogelijkheid gegeven om zichzelf een genoegdoening te verschaffen die opweegt tegen het geleden verlies. De schade wordt niet *gerepareerd* (hersteld), maar *gecompenseerd*; de werkelijke rol van het schadevergoedingsrecht is dan ook 'satisfactoire'. Aldus gebruiken zij de begrippen 'compensatie' en 'genoegdoening' als synoniemen die geplaats zijn tegenover het begrip 'réparation'.

185 Dupichot, 1969, met name nrs. 173-176, 202-203 en 213.

186 Carval, 1995, nr. 23.

187 Starck, Roland, Boyer, 1996, nr. 118.

188 Starck, Roland, Boyer, 1996, nr. 119.

189 Viney, 1988, nr. 3.

190 Lambert-Faivre, 2000, nr. 90.

191 Mazeaud-Tunc I, 1965, nr. 313.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Omdat de reparatiefunctie problematisch is bij immateriële schade, wordt ook het daaruit afgeleide beginsel van de 'réparation intégrale' ondergraven. Viney stelt zelfs:

"(...) la notion de réparation intégrale n'a aucune signification en ce qui concerne le dommage moral (...)"¹⁹²

Uit onderzoek van Bourrié-Quenillet is gebleken dat rechters bij wijze van straf het smartengeld soms extra hoog vaststellen.¹⁹³ Dit is niet in overeenstemming met het beginsel van de 'réparation intégrale'. Paradoxaal genoeg wordt deze gang van zaken mogelijk gemaakt door de wijze waarop het Cour de cassation daaraan uitleg geeft. Dit beginsel brengt volgens hem namelijk mee dat de schade concreet moet worden gewaardeerd.¹⁹⁴ Slechts de rechter die over de feiten oordeelt, is hiertoe in staat. Het Cour de cassation stelt zich terughoudend op om niet in feitelijke vragen betreffende de omvang van de schade betrokken te raken. Dit stimuleert feitelijke rechters om geen inzicht te geven in de door hen gebruikte methode aangezien dit hun uitspraken in cassatie kwetsbaar kan maken.¹⁹⁵

Schade moet in dit verband overigens objectief worden opgevat. Het Cour de cassation heeft namelijk beslist dat ook een comapatiënt recht heeft op smartengeld. Het overwoog dat "(...) l'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime (...)"¹⁹⁶

In Frankrijk worden geen eisen gesteld aan de ernst van de immateriële schade.¹⁹⁷

192 Viney, 1988, nr. 152.

193 Bourrié-Quenillet, 1983, p. 100 aangehaald door Viney, 1988, nr. 6. Zie in dat verband ook Carval, 1995, nr. 29.

194 Viney, 1988, nr. 64.

195 Viney, 1988, nrs. 63-66.

196 Crim. 3-4-1978, JCP 1979, II, 19168. Zie hiervoor nr. 76.

197 Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nr. 1554 met verwijzingen.

ENGELAND

1. Functies van het schadevergoedingsrecht

344 De vraag naar de functie van het schadevergoedingsrecht wordt vooral gesteld in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht ('tort law').¹⁹⁸ De meeste schrijvers zijn van mening dat schadevergoeding ('compensation') de primaire functie is van 'the law of torts', hoewel deze functie 'not a monopolistic one' is.¹⁹⁹ Daarnaast worden spreading van schade, straf, afschrikking ('deterrence') en ook ongedaanmaking van ongerechtvaardigde verrijking ('law of restitution') genoemd.²⁰⁰ De meeste schrijvers hebben enige reserves met betrekking tot de functie van 'deterrence'. Markesinis en Deakin noemen als bezwaren: de omvang van het te betalen bedrag aan schadevergoeding is in principe niet gerelateerd aan de mate waarin de aansprakelijke een verwijt kan worden gemaakt; het onrechtmatige daadsrecht geeft geen duidelijke regels, zodat rechtssubjecten van tevoren niet weten waar ze aan toe zijn; in de meeste gevallen is de schade een gevolg van een simpele fout; de betaling van schadevergoeding is minder afschrikwekkend dan een strafrechtelijke sanctie als gevangenisstraf en tenslotte faalt 'deterrence' als de dader te arm is om te betalen.²⁰¹

Weir kent verder nog een belangrijke plaats toe aan handhaving van rechten ('vindication of rights'):

"It might, however, be better to admit that in addition to its more obvious function of redressing harms the law of tort also vindicates rights: it has a constitutional function as well as a compensatory function."²⁰²

Weir stelt dat een zekere mate van spanning bestaat tussen 'compensation' en 'vindication' die dialectisch tot uitdrukking komt tussen de 'tort of negligence' en 'trespass'. Hij besluit met de woorden:

"(...) and there have been disagreeable signs that vindication has not been the clear winner."²⁰³

198 McGregor, 1997 wijdt geen speciale aandacht aan de functie van schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad. Ook werken op het gebied van contractenrecht gaan niet uitgebreid op de functie van schadevergoeding in, vgl. Chitty, 1999 en Treitel, 1999. Ook schrijvers die uitgaan van een 'law of obligations' schrijven niet uitgebreid over de functie van schadevergoeding, bijvoorbeeld Tettenborn, 1984.

199 Markesinis and Deakin, 1999, p. 41.

200 Zie Markesinis and Deakin, 1999, p. 36-41 die ook nog verzoening ('appeasement') en 'justice' noemen met de aantekening dat deze tegenwoordig aan belang hebben ingeboet; Williams, [1951] CLP 137 zoals geciteerd door Lunney/Oliphant, 2000, p. 18-22; Winfield and Jolowicz, 1998, p. 11-12. Zie voor 'loss spreading' ook Fleming, 1998, p. 11-12.

201 Markesinis and Deakin, 1999 p. 37-38.

202 Weir, 1992, p. 6.

203 Weir, 1996, p. 17.

'Vindication of rights' is in het algemeen een functie van 'damages at large'²⁰⁴ en 'torts actionable per se'.²⁰⁵

Schadevergoeding als primaire functie brengt het principe van 'full compensation' met zich. Voor het contractenrecht betekent dit dat de benadeelde in de situatie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de overeenkomst *wel* zou zijn nagekomen. Voor het onrechtmatige daadsrecht houdt dit in dat de benadeelde in de positie dient te worden gebracht waarin hij zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige daad *niet* zou zijn gepleegd. Men spreekt hier van *restitutio in integrum*.²⁰⁶

2. Functies van smartengeld

345 Restitutio in integrum levert bij personenschade problemen op. Herstel in de oude toestand is hier onmogelijk. Veelal spreekt men daarom in plaats van restitutio in integrum van 'fair compensation'.²⁰⁷ Markesinis and Deakin gebruiken daarnaast ook de term 'satisfaction'.²⁰⁸

Hoewel men zich in Engeland dus bewust is van de bijzondere problemen die vergoeding van immateriële schade met zich brengt, trekt men hier in het algemeen geen bijzondere conclusies uit. Vergoeding van immateriële schade wordt dan ook voornamelijk vanuit een compensatie-invalshoek bekeken. Behoeftte aan verdere uitdieping van de problematiek is er blijkbaar niet en theorievorming op dit punt is dan ook schaars.

Een uitzondering vormt het werk van Ogus.²⁰⁹ Hij onderscheidt een drietal mogelijke benaderingen ('approaches'²¹⁰) van smartengeld. In de eerste plaats een '*conceptual approach*' waarbij het enkele feit van de 'injury' recht geeft op schadevergoeding. Ten tweede een '*personal approach*' waarin alleen smartengeld wordt toegekend, indien de levensvreugde van het slachtoffer daadwerkelijk is afgenomen. Tenslotte een '*functional approach*' waarin beslissend is of het toewijzen van smartengeld in staat is de levensvreugde van het slachtoffer te verhogen.

In de 'conceptual approach' wordt de menselijke persoonlijkheid gezien "as a combination of a large number of patrimonial rights which are independent of 'fee-

204 Winfield & Jolowicz, 1998, p. 744. In dezelfde zin Fleming, 1998, p. 658 die opmerkt dat een (te) gering bedrag aan schadevergoeding de aantasting van de reputatie in de ogen van derden zou bagatelliseren. Zie hiervoor nr. 270. Zie voor 'damages at large' hiervoor nr. 46.

205 Winfield and Jolowicz, 1998, p. 63. Zie over 'torts actionable per se' hiervoor nr. 44.

206 Winfield and Jolowicz, 1998, p. 757. McGregor, 1997, nr. 11 en Markesinis and Deakin, 1999, p. 731 reserveren de term restitutio in integrum alleen voor schadevergoeding bij onrechtmatige daad.

207 Salmond and Heuston, 1996, p. 502; Harman LJ in Warren v. King [1964] 1 WLR 1, 9. Winfield and Jolowicz, 1998, p. 757 vinden ook 'compensation' een niet 'wholly apt expression' en gebruiken 'notional theoretical compensation' om aan te geven dat werkelijke vergoeding, 'actual compensation', niet mogelijk is.

208 Markesinis and Deakin, 1999, p. 731.

209 Ogus, 35 MLR 1 (1972) en idem, 1973, p. 206-218, zie ook hiervoor nr. 80.

210 Hij gebruikt dus niet het woord functie.

lings' or 'sentiments'." ²¹¹ Deze benadering vindt haar parallel in het vermogensrecht. De inbreuk op een vermogensrecht geeft recht op schadevergoeding zonder dat de benadeelde van de schade op de hoogte is. De 'conceptual approach' is daarom objectief. Schade is in deze benadering gelijk te stellen met de enkele rechtsinbreuk. De 'personal approach' betreft daarentegen wel de gevoelens van de benadeelde in de schadebalans. Schade bestaat hier uit een reductie van 'happiness'. Ook in de derde benadering, de 'functional approach', wordt in termen van geluk/ongeluk gedacht. Schadevergoeding wordt hier echter slechts toegekend voor zover zij de benadeelde effectief 'consolation' kan verschaffen. De rechter moet hier dus niet het verminderde geluk op een bepaald bedrag waarderen zoals hij doet in de 'personal approach', maar hij dient de benadeelde een som te geven die het hem mogelijk maakt zich 'alternative pleasure' te verschaffen.

Bovenstaande drie benaderingen zijn volgens Ogus ideaal-typisch. Hoewel het Engelse recht niet identiek is aan één van deze drie benaderingen, signaleert Ogus een ontwikkeling in de richting van de 'conceptual approach'. Bij de vaststelling van smartengeld baseert de rechter zich immers op de bedragen die in andere zaken zijn toegekend. Voor elke categorie van leed geldt een boven- en een ondergrens. Het gaat dus in wezen om een tarievenstelsel waarbij in belangrijke mate wordt geabstraheerd van de concrete omstandigheden van het geval. De conceptuele benadering wordt daarbij echter niet helemaal gevolgd, aangezien geen volledige abstrahering plaatsvindt. De rechter kent immers ook gewicht toe aan de functie die bijvoorbeeld het geamputeerde been voor de benadeelde had. Het verlies van een been is voor een atleet ernstiger dan voor een schaakspeler. De conceptuele benadering heeft verder ook invloed gehad op de rechtspraak inzake chronisch bewustelozen. Het House of Lords heeft in *West v. Shepard* bepaald dat comateuze slachtoffers recht hebben op smartengeld. ²¹²

Ogus zelf kiest uiteindelijk voor de 'functional approach'. ²¹³ Deze benadert de primaire functie van het schadevergoedingsrecht – het brengen van de benadeelde in de positie waarin hij zich zonder de schadeveroorzakende gebeurtenis zou hebben bevonden (*restitutio in integrum*) – het meeste. Het smartengeld stelt de benadeelde in staat 'alternative pleasure' te kopen. Een consequentie van deze benadering zou zijn dat de benadeelde geen smartengeld toekomt voor geleden pijn, omdat deze immers niet meer bestaat. Ogus wil op dit punt echter niet onverkort vasthouden aan de functionele benadering. De aansprakelijke persoon zou er dan immers baat bij hebben de schade langzaam af te wikkelen. ²¹⁴

Geringe fysieke en psychische schade komt blijkens de 'Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases' ²¹⁵ in bepaalde gevallen voor vergoeding in aanmerking. Voor 'minor psychiatric damage' geldt een richtlijn van £ 500-1,500. In deze categorie valt ook die psychische schade waarvoor geen hulp is gezocht.

211 Ogus, 35 MLR 8 (1972).

212 [1964] AC 326, zie hiervoor nr. 79.

213 Ogus, 35 MLR 15-17 (1972).

214 Ogus, 35 MLR 16 (1972).

215 Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases, 2000.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Voor schade aan haar die geen permanente gevolgen heeft, kan smartengeld worden toegekend in de orde van £ 2,000 tot 3,500.

CONCLUSIE HOOFDSTUK VIII

1. Inleiding

346 Centraal staat in dit hoofdstuk de vraag wat de functie(s) is (zijn) van vergoeding van immateriële schade. Daartoe is in de eerste plaats onderzocht welke functie(s) het schadevergoedingsrecht heeft. Vervolgens is behandeld welke functie(s) smartengeld heeft volgens de wetgever, de jurisprudentie en de literatuur.

In Duitsland en Nederland heeft smartengeld een dubbele functie: compensatie en genoegdoening. In het onderstaande wordt eerst kort stil gestaan bij het ontstaan van de genoegdoeningsfunctie (nrs. 347-348). Vervolgens komt de vraag naar de hiërarchie tussen beide functies aan de orde (nr. 349). Daarna wordt behandeld wat de compensatie- respectievelijk de genoegdoeningsfunctie inhouden (nrs. 350 respectievelijk 351-353). Nr. 354 gaat in op de preventiefunctie bij schending van persoonlijkheidsrechten en nr. 355 bevat mijn eigen visie.

2. Vergoeding van immateriële schade moeilijk inpasbaar

2.1 Functies van het schadevergoedingsrecht

347 In Duitsland, Frankrijk en Engeland is herstel de primaire functie van het schadevergoedingsrecht.²¹⁶ De benadeelde dient in de toestand terecht te komen waarin hij zonder het onrechtmatige optreden terecht zou zijn gekomen. In Duitsland blijkt dit zelfs uit de wet. Alleen in Nederland is de heersende mening in de literatuur dat compensatie de primaire functie is van het schadevergoedingsrecht.²¹⁷

Naast herstel of compensatie worden in alle vier de landen neven- of secundaire functies in de literatuur genoemd: straf, preventie, genoegdoening, rechtshandhaving, voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, schadespreiding en kostenallocatie. Compensatie of herstel blijft echter de centrale functie van het schadevergoedingsrecht.

2.2 Genogdoening als oplossing

348 Herstel respectievelijk compensatie zijn de primaire functies van het schadevergoedingsrecht. In elk van de onderzochte rechtssystemen bestaat echter het gevoel dat leed (immateriële schade) noch hersteld noch gecompenseerd kan worden, omdat geld en leed van een verschillende orde zijn.²¹⁸ Weliswaar kan de benadeelde zich met geld

216 Zie hiervoor nrs. 321, 342 en 344. In Engeland spreekt men weliswaar van 'compensation', maar hieruit wordt het beginsel van de 'full compensation' afgeleid en dat houdt in dat de benadeelde in de vroegere toestand hersteld moet worden.

217 Zie hiervoor nr. 333.

218 Zie hiervoor nrs. 323, 334, 343 en 345.

vreugde kopen, maar mensen verschillen onderling nu eenmaal sterk en met de toewijzing van smartengeld staat niet vast dat de benadeelde met behulp daarvan zijn leed tot nul kan reduceren. Om te bepalen hoeveel geld een benadeelde nodig heeft, zou een diepgaande studie van zijn persoonlijkheid noodzakelijk zijn. Dit is noch praktisch noch principieel aanvaardbaar.²¹⁹ In de literatuur zijn functies of benaderingen van smartengeld die deze consequentie hadden dan ook nooit aanvaard.²²⁰ Ook in Nederland heeft de Hoge Raad zich uitgesproken tegen een meer op de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer toegespitste bepaling van de hoogte van het smartengeld.²²¹ De feitelijke rechter hoeft zich volgens de Hoge Raad niet bezig te houden met de vraag of het bedrag aan smartengeld dusdanig is dat het slachtoffer er zijn leed mee kan verzachten.

Met de erkenning dat herstel of compensatie van immateriële schade niet mogelijk was, werd de functie van smartengeld tot een probleem. Hoe viel de toekenning van smartengeld juridisch te rechtvaardigen? De mate waarin rechtsgeleerden, rechters en wetgevers ernaar hebben gestreefd om dit probleem tot een oplossing te brengen, verschilt. Globaal kan worden gezegd dat in Duitsland en Nederland het dogmatische onbehagen het grootst was. In deze twee landen heeft de rechter respectievelijk de wetgever smartengeld van een tweede functie voorzien, te weten de genoegdoeningsfunctie. In Engeland en Frankrijk is een dergelijke stap niet gezet.

De Engelse reactie op bovengenoemd probleem is ronduit laconiek. Auteurs noch rechters verbinden consequenties aan het feit dat leed niet op dezelfde wijze als vermogensschade vergoedbaar is.²²² Zo blijft smartengeld gesitueerd in de sfeer van 'compensation'. De meeste auteurs stellen eenvoudig dat herstel (restitutio in integrum) van leed door geld niet mogelijk is en spreken daarom niet van 'full compensation', maar van 'fair compensation'.

In Frankrijk houdt het Cour de cassation onverminderd vast aan de primaire functie van het schadevergoedingsrecht, te weten 'réparation'.²²³ De literatuur biedt evenwel meer pluriformiteit. Dat leed niet op gelijke wijze als vermogensschade kan worden gerepareerd komt soms terminologisch tot uitdrukking door met betrekking tot smartengeld niet te spreken van 'réparation' of 'compensation', maar van 'satisfaction'.²²⁴ De terminologie is op dit punt echter niet vast. In Frankrijk bestaat verder aandacht voor de symbolische rol die smartengeld heeft, te weten maatschappelijke erkenning van het ondervonden leed. Tenslotte karakteriseert een hardnekkige onderstroom smartengeld als 'peine privée'.

In Duitsland heeft de moeilijke inpasbaarheid van smartengeld in de primaire functie van het schadevergoedingsrecht het BGH in 1955 gebracht tot de uitspraak dat smartengeld geen schadevergoeding in de eigenlijke zin van het woord is.²²⁵ Daarom erkende het BGH toen naast de compensatiefunctie nog een tweede functie, te weten

219 Lorenz, 1981, p. 112 en 114-115, zie hiervoor nr. 332.

220 Gedoeld wordt op 'Überwindungsfunktion' in Duitsland (nr. 332) en de 'functional approach' in Engeland (nr. 345).

221 HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, nt. ARB, zie hiervoor nr. 339.

222 Zie hiervoor nr. 345.

223 Zie hiervoor nr. 342.

224 Zie hiervoor nr. 343.

225 BGHZ 18, 149 (6-7-1955), zie hiervoor nr. 323.

de genoegdoeningsfunctie. Deze functie had specifiek tot doel om bij de vaststelling van smartengeld een basis te verschaffen voor het meewegen van de schuldgraad van de aansprakelijke en de vermogenstoestand van partijen. Het begrip genoegdoening in relatie tot smartengeld was afkomstig uit het Zwitserse recht en uit de Duitse literatuur van de negentiende eeuw.²²⁶ Wat precies onder genoegdoening moet worden verstaan is niet duidelijk. De genoegdoeningsfunctie heeft in de literatuur veel aanleiding gegeven tot discussie.²²⁷

Tenslotte is ook in Nederland een spanning ervaren tussen de vergoeding van immateriële schade enerzijds en de primaire compensatiefunctie van het schadevergoedingsrecht anderzijds. Bij de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek drukte Meijers dit uit door in relatie tot smartengeld niet te spreken van schadevergoeding, maar van schadeloosstelling en tegemoetkoming.²²⁸ Tegen die achtergrond moet de import van de Duitse dubbele functie van smartengeld waarschijnlijk worden gezien. De genoegdoeningsfunctie houdt in dat het slachtoffer wordt bevredigd in zijn geschokte rechtsgevoel doordat van de dader een opoffering wordt gevraagd.²²⁹ Men gaf zich er daarbij geen rekenschap van dat genoegdoening geen duidelijk omlijnd begrip was dat in de Duitse literatuur voor de nodige hoofdbrekens had gezorgd.

3. Hiërarchie tussen compensatie en genoegdoening

349 Smartengeld heeft zowel in Duitsland als in Nederland een dubbele functie, compensatie en genoegdoening. De vraag rijst vervolgens hoe deze twee functies zich tot elkaar verhouden. Is er een hiërarchie?

In Duitsland is deze vraag eenduidig beantwoord. Er is sprake van hiërarchie, maar deze is niet onveranderlijk. Welke functie voorop staat, is afhankelijk van de soort inbreuk. Bij inbreuken op de in par. 847 I BGB genoemde rechtsgoederen (fysieke integriteit, gezondheid en vrijheid) staat de compensatiefunctie voorop. Bij inbreuken op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' heeft de genoegdoeningsfunctie evenwel het primaat.²³⁰ Niet helemaal duidelijk is overigens waarom in sommige gevallen de genoegdoeningsfunctie voorop staat, terwijl in andere gevallen de compensatiefunctie op de eerste plaats komt. Het onderscheid tussen de in par. 847 I BGB genoemde rechtsgoederen (fysieke integriteit, gezondheid en vrijheid) en het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' is immers niet heel hard. Zo overwoog het BGH dat de bescherming van het 'Körper' door par. 823 I BGB moet worden beschouwd als een manifestatie van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht'.²³¹

In Nederland bestaat daarentegen geen duidelijke hiërarchie tussen beide functies. De parlementaire geschiedenis bevat slechts een terloopse opmerking dat de genoeg-

226 Zie hiervoor nrs. 323 en 328.

227 Zie hiervoor nrs. 325-329.

228 PG Boek 6, p. 377 en hiervoor nr. 334.

229 Zie hiervoor nr. 335.

230 Zie hiervoor nrs. 323 en 331.

231 BGH 18-3-1980, NJW 1980, p. 1452, zie hiervoor nr. 331.

doeningsfunctie goed past in geval van een aantasting in de persoon. Dit is echter te mager om een hiërarchie op te baseren.²³²

4. Wat betekent compensatie?

350 De compensatiefunctie is niet qua bestaan, maar wel wat betreft haar inhoud omstreden. Dit is niet in de laatste plaats het gevolg van het feit dat niet duidelijk is wat nu precies wordt gecompenseerd door het smartengeld. Immateriële schade wordt namelijk veelal op een negatieve manier gedefinieerd.²³³

Globaal komt de compensatiefunctie er in alle stelsels op neer dat geleden leed wordt verzacht door het toekennen van een bedrag aan geld. Wat leed is en wanneer leed kan worden verzacht is daarmee nog niet gezegd.

Een eerste vraag is of geleden leed ook als leed geldt. Men denke aan pijn die iemand in het verleden heeft geleden door fysiek letsel waarvan de betrokkene inmiddels volledig is hersteld. In de Nederlandse literatuur deze vraag wel eens negatief beantwoord²³⁴, maar de praktijk heeft zich daar nooit veel van aangetrokken. Een praktisch argument daarvoor is dat anders een premie op vertraging van de schadeafwikkeling zou worden gezet.²³⁵

Een tweede controverse is of ook smartengeld moet worden toegekend als vast staat dat de levensvreugde van de benadeelde in het geheel *niet* te beïnvloeden is. De kwestie doet zich met name voor wanneer de benadeelde in coma ligt. Zowel in Duitsland²³⁶, Frankrijk²³⁷ als Engeland²³⁸ heeft de rechter bepaald dat het ontbreken van bewustzijn niet in de weg staat aan de toekenning van smartengeld. Het schadebegrip werd daarmee geobjectiveerd. Door deze objectivering zijn de grenzen van het begrip compensatie overschreden. Het slachtoffer ervaart immers geen negatieve emoties. Opgemerkt zij dat het BGH dit probleem in de loop der tijden anders is gaan benaderen. In zijn uitspraak in 1955 zegt het BGH expliciet dat de 'Genugtuungsfunktion' de basis vormt voor de toekenning van smartengeld aan bewustelozen.²³⁹ In 1992 kiest het BGH echter voor een objectief begrepen 'Ausgleichsfunktion'.²⁴⁰ In Nederland bestaat op dit punt geen rechtspraak van de Hoge Raad en zijn de meningen in de literatuur verdeeld. Sommige schrijvers die voorstander zijn van de toekenning van smartengeld aan bewustelozen baseren zich op de genoegdoeningsfunctie.²⁴¹

Tenslotte bestaat verschil van inzicht over de vraag of geringe immateriële schade (bagatelschade) vergoedbaar dient te zijn. Hoewel hier soms vanuit de literatuur kri-

232 Zie hiervoor nr. 335.

233 Zie hiervoor nr. 56.

234 Emmering, NJB 1967, p. 1182, zie hiervoor nr. 339.

235 Ogus 35 MLR 16 (1972) en hiervoor nr. 345.

236 BGHZ 120, 1 (13-10-1992) en hiervoor nr. 330.

237 Crim. 3-4-1978, JCP 1979, II 19168 en hiervoor nr. 343.

238 West v. Shepard (1964 A.C. 326) en hiervoor nr. 345.

239 BGHZ 18, 149 (6-7-1955) en hiervoor nr. 323.

240 BGHZ 120, 1 (13-10-1992) en hiervoor nr. 330. Zie uitgebreid hiervoor nr. 69.

241 Zie hiervoor nrs. 338 en 73.

tiek op wordt uitgeoefend, vergoedt de rechter in alle landen geringe immateriële schade.²⁴² Dit is goed verdedigbaar voor zover het inhoudt dat geen extra formele eisen worden gesteld aan het *bestaan* van een recht op smartengeld.²⁴³ Bij afwezigheid van een duidelijk omlijnd begrip bagatelschade leidt een regel dat bagatelschade niet vergoedbaar is alleen maar tot aanzienlijke praktische problemen bij de afwikkeling van schade. Bovendien stelt art. 6:106 BW niet een dergelijke eis; evenmin als par. 847 BGB. Dit betekent niet dat de rechter verplicht is om voor ieder wissewasje smartengeld toe te kennen. De billijkheidsmaatstaf van art. 6:106 lid 1 BW biedt hem voldoende ruimte om deze consequentie te ontgaan. Toegegeven is dat deze billijkheidsmaatstaf allesbehalve duidelijk is, maar dit wordt niet anders door omarming van de vage regel dat bagatelschade niet wordt vergoed.

5. Wat betekent genoegdoening?

5.1 Genoegdoening als uitdrukking van een persoonlijke betrekking tussen dader en slachtoffer

351 Zowel in Duitsland als in Nederland is de gedachte geuit, hetzij door de rechter, hetzij door de wetgever, dat door de schadeveroorzakende gebeurtenis een persoonlijke betrekking tussen aansprakelijke en benadeelde ontstaat. In Duitsland heeft het BGH overwogen dat deze betrekking in de genoegdoeningsfunctie tot uitdrukking komt.²⁴⁴ In Nederland is gesteld dat door de toekenning van smartengeld een genoegdoening in de relatie tussen aansprakelijke en benadeelde wordt bewerkstelligd en dat dit de ratio van smartengeld is.²⁴⁵

Beide formuleringen mogen misschien verschillen, de grondgedachte is dezelfde. Door de schadeveroorzakende gebeurtenis is een onevenwichtige relatie (betrekking) tussen aansprakelijke en benadeelde ontstaan en deze wordt vervolgens door de toekenning van smartengeld opgeheven. Het opheffen van de onevenwichtigheid wordt in verband gebracht met (de functie van) genoegdoening.

In beide landen is de literatuur eensgezind en eenduidig in haar kritiek. De opkomst van de aansprakelijkheidsverzekering heeft meegebracht dat van een directe relatie tussen aansprakelijke en benadeelde vrijwel nooit sprake is. De aansprakelijke hoeft zich geen opoffering te getroosten in de vorm van betaling van smartengeld. Zijn verzekeraar keert dit bedrag uit. Volgens de heersende mening in de literatuur speelt dit aspect van de genoegdoeningsfunctie van smartengeld in het huidige tijdsgewricht derhalve geen enkele rol meer.²⁴⁶

242 Zie hiervoor nrs. 330, 339, 343 en 345.

243 Vgl. hetgeen hiervoor in nr. 283 is opgemerkt over het stellen van eisen aan de ernst van de inbreuk of de ernst van het leed.

244 BGHZ 18, 149 (6-7-1955) zie hiervoor nr. 326.

245 PG Boek 6, p. 381 zie hiervoor nr. 334.

246 Zie hiervoor nrs. 326 en 338.

5.2 Genoegdoening als gekrenkt (geschokt) rechtsgevoel

352 In Duitsland en in Nederland bestaat (een deel van) de genoegdoeningsfunctie hieruit dat het gekrenkte (geschokte) rechtsgevoel van de benadeelde door het smartengeld wordt bevredigd.²⁴⁷

Dit aspect van de genoegdoeningsfunctie is niet zonder problemen. In de eerste plaats is het de vraag of het hier wel gaat om een *functie* van smartengeld en niet om een *soort* immateriële schade. In die laatste richting lijkt Deutsch te gaan waar hij stelt dat de genoegdoeningsfunctie een aanvulling op de compensatiefunctie vormt, voor zover zij het geschokte rechtsgevoel ('ethische Schmerzen') van de benadeelde compenseert.²⁴⁸

Als een aspect van de genoegdoeningsfunctie geen functie maar een aparte immateriële schadepost (namelijk geschokt rechtsgevoel) is, rijst vervolgens de vraag waarom de benadeelde alleen deze immateriële schade krijgt vergoed wanneer hij ook andere immateriële schade heeft geleden, bijvoorbeeld als gevolg van fysiek letsel. Voor deze beperking bestaat geen enkele reden en in Duitsland heeft Stoll dan ook voorgesteld om compensatie voor geschokt rechtsgevoel toe te kennen in alle gevallen waarin de aansprakelijke persoon de rechten van de benadeelde bewust met de voeten heeft getreden.²⁴⁹ Dit voorstel komt in wezen neer op de introductie van 'aggravated damages'.²⁵⁰ In Nederland lijkt Lindenbergh de tegenovergestelde consequentie te trekken: voor compensatie van het geschokte rechtsgevoel dient volgens hem over de gehele linie geen plaats te zijn.²⁵¹ Tegelijkertijd wil hij echter op grond van de compensatiefunctie bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld toch enige (zij het dan marginale) invloed toe kennen aan de schuldgraad van de aansprakelijke.²⁵²

5.3 Genoegdoening en straf

353 Misschien wel het voornaamste probleem van de Duitse genoegdoeningsfunctie is dat de scheidslijn tussen genoegdoening en straf niet helder is. Het BGH heeft hier voor een belangrijk deel zelf een aandeel in gehad door het woord boete ('Buße') te gebruiken.²⁵³ Dit eventuele poenale karakter van smartengeld is in de literatuur zeer omstreden. Ondanks verschillende pogingen is het niet gelukt genoegdoening een duidelijke plaats te geven tussen compensatie en straf in. Zoals Stoll het uitdrukt, is het "Genugtuungsprinzip ohne den Sühnegedanke nicht lebensfähig".²⁵⁴ Ook

247 Zie hiervoor nrs. 327 en 335.

248 Deutsch, JuS 1969, p. 201-202 en idem, 1976, p. 473 zie hiervoor nr. 329.

249 Stoll, 1964, p. 153 en hiervoor nr. 327.

250 Zie voor dit begrip hiervoor nr. 49.

251 Lindenbergh, 1998, p. 44 en hiervoor nr. 338.

252 Lindenbergh, 1998, p. 251. Op p. 299 geeft hij te kennen dat schuld zijns inziens vooral een rol speelt in het kader van de matigingsvraag zie hiervoor nr. 338.

253 BGHZ 18, 149 (6-7-1955) en hiervoor nr. 323.

254 Stoll, 1964, p. 152, zie hiervoor nr. 331.

Deutsch, die een zekere zelfstandigheid aan de genoegdoeningsfunctie wil toekennen, stelt dat deze "schadensfern und sanktionsnah" is.²⁵⁵

Desalniettemin blijft het BGH consequent een middenkoers varen. Zo besliste het in 1994 dat smartengeld niet kan worden gematigd indien de dader reeds is gestraft.²⁵⁶ Verder heeft het BGH evenwel van het begin af aan de feitelijke rechter verboden te vermelden welk onderdeel van het smartengeld op de compensatiefunctie en welk op de genoegdoeningsfunctie is gebaseerd. De reden hiervan is waarschijnlijk de angst dat verzekeraars niet van zins zijn dekking te bieden voor de genoegdoeningscomponent.²⁵⁷

In Nederland is ten tijde van de parlementaire behandeling uitdrukkelijk ontkend dat genoegdoening op straf neerkomt.²⁵⁸ Dat genoegdoening niet eenvoudig een ander woord voor compensatie is, blijkt wanneer sommige schrijvers aangeven dat de basis voor de (eventuele) toekenning van smartengeld aan comapatiënten gebaseerd is op de genoegdoeningsfunctie.²⁵⁹ Daarmee wordt het smartengeld losgekoppeld van de benadeelde. Niet diens gevoelens staan centraal, maar andere belangen rechtvaardigen de toekenning van smartengeld. De spanning tussen genoegdoening en straf blijft zo bestaan.

6. Functie van smartengeld wegens schending van persoonlijkheidsrechten

354 In drie van de onderzochte rechtsstelsels is meer of minder nadrukkelijk de gedachte terug te vinden dat de functie van smartengeld wegens de inbreuk op persoonlijkheidsrechten een enigszins eigen plaats inneemt.

In Frankrijk heeft Carval met betrekking tot de aantasting van persoonlijkheidsrechten beargumenteerd dat smartengeld neerkomt op een 'peine privée'.²⁶⁰ In Nederland hebben veel schrijvers juist in relatie tot de aantasting van bepaalde persoonlijkheidsrechten (eer en goede naam en privacy) betoogd dat van smartengeld een preventieve werking moet uitgaan. Zij maken daarbij expliciet onderscheid tussen preventie enerzijds en straf anderzijds en staan afwijzend tegenover de invoering van 'punitive damages' in het kader van vergoeding van immateriële schade.²⁶¹ Lindenbergh – zelf overigens voorstander van de compensatiefunctie – spreekt van een min of meer vloeiende grens tussen schadevergoeding en boete bij de aantasting van persoonlijkheidsrechten.²⁶²

255 Deutsch, 1976, p. 473 en idem, 1996, nr. 908, zie hiervoor nr. 329.

256 BGH VersR 1995, 351 (29-11-1994) en hiervoor nr. 329.

257 Honsell, VersR 1974, p. 206 en hiervoor nr. 324.

258 Zie hiervoor nr. 335.

259 Eykman, WPNR 5572 (1981), p. 464; Van Dam, TvC 1991, p. 99; Tjittes, WPNR 6239 (1996), p. 699-700 en hiervoor nr. 338. Overeem, 1979, p. 30-31 geeft niet duidelijk aan op welke functie hij zich baseert, hoewel hij (p. 26) aangeeft dat vasthouden aan de compensatiefunctie op dit vlak tot problemen leidt.

260 Carval, 1995, nr. 23 en hiervoor nr. 343.

261 Zie hiervoor nr. 340.

262 Lindenbergh, 1998, p. 153 en hiervoor nr. 340.

In Duitsland blijkt de bijzondere positie van smartengeld wegens de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' duidelijk uit de jurisprudentie. In de eerste plaats heeft het BGH beslist dat smartengeld geen schadevergoeding in de eigenlijke zin van het woord is.²⁶³ In de tweede plaats overwoog het BGH vervolgens in het Caroline I-arrest dat smartengeld wegens de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' geen smartengeld in de eigenlijke zin van het woord is.²⁶⁴ Het is een 'Rechtsbehelf' dat op de 'Schutzauftrag' van art. 1 en 2 lid 1 van de Duitse grondwet is gefundeerd. Om de persoonlijkheid effectief te beschermen, kan de rechter met het oog op preventie een hoog bedrag aan smartengeld vaststellen. Het BGH zegt niet hoe deze preventiefunctie zich verhoudt tot de dubbele functie van compensatie en genoegdoening. Hoe dan ook, het is duidelijk dat smartengeld wegens de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' mede een preventieve functie vervult. Het onderscheid met straf lijkt dan wel erg dun te worden, maar in de literatuur is met name door Steffen betoogd dat het niet om straf gaat.²⁶⁵

7. Evaluatie

355 Afsluitend kan het volgende worden opgemerkt. In Duitsland en Nederland is veel aandacht besteed aan de genoegdoeningsfunctie. Dit mag niet doen vergeten dat deze functie is ontstaan om de problemen die de compensatiefunctie oproep tot een oplossing te brengen.²⁶⁶ Een eenvoudig verwerpen van de genoegdoeningsfunctie zonder deze problemen op te lossen, volstaat derhalve niet. Men is dan weer terug bij af.

De problemen die de compensatiefunctie veroorzaakt, hebben hun vertrekpunt bij de constatering dat leed niet goed door geld kan worden gecompenseerd. Vervolgens manifesteren de problemen van de compensatiefunctie zich vooral ten aanzien van twee zaken. In de eerste plaats bij de toekenning van smartengeld wegens de inbreuk op persoonlijkheidsrechten.²⁶⁷ De grens tussen compensatie en straf is hier nauwelijks te trekken. In de tweede plaats met betrekking tot de problematiek van bewuste-loze slachtoffers. In Duitsland, Frankrijk en Engeland heeft de rechter besloten om op grond van een objectief schadebegrip smartengeld toe te kennen. Formeel blijft men daarbij binnen de door de compensatiefunctie getrokken grenzen. In feite wordt het begrip compensatie echter volkomen gedenatureerd. Ook hier is de scheidslijn tussen compensatie en straf vloeiend.

Dat rechters en schrijvers in deze beide gevallen toch blijven vasthouden aan de compensatiefunctie heeft iets bezwerends. Het lijkt vooral een beginselverklaring met een eigen functie. Deze functie is te verhinderen dat smartengeld uitgroeit tot een private boete. Compensatie dient dan ook vooral negatief en niet positief te worden begrepen. Door smartengeld als geheel te voorzien van het etiket 'compensatie' krijgt

263 BGHZ 18, 149 (6-7-1955), zie hiervoor nr. 323.

264 BGH 128, 1 (15-11-1994), zie hiervoor nrs. 232 en 331.

265 Steffen, NJW 1996, p. 10-14; zie hiervoor nrs. 232 en 331.

266 Zie hiervoor nr. 348.

267 Het gaat dan om gevallen waarin het slachtoffer geen fysiek of psychisch letsel heeft geleden.

deze vrij schimmige figuur een plaatsje toegewezen aan de civielrechtelijke dis. Mogelijk begeerde deelname van de figuur smartengeld aan strafrechtelijke feesten is daarmee uitgesloten. Kennelijk wordt een dualistische redenering gevolgd: als smartengeld niet neerkomt op compensatie is het *dus* straf.²⁶⁸

Waarom staat, ondanks al deze problemen, het bestaansrecht van smartengeld nauwelijks ter discussie? Waarom wordt een dergelijk probleem het civiele recht binnengehaald met als gevolg dat het traditionele dogmatische bouwwerk scheuren begint te vertonen? Een mogelijke reden is dat de toekenning van smartengeld tot op zekere hoogte een eis van gerechtigheid schijnt. De enkele omstandigheid dat geen berekenbare vermogensschade is toegebracht mag er niet toe leiden dat het slachtoffer met lege handen achterblijft. Het door het onrechtmatig gedrag verstoorde evenwicht moet op de één of andere wijze worden hersteld. Verschillende auteurs hebben in het verleden dit gevoelen onder woorden gebracht. Zo schreef Drucker in 1889:

“Slaat iemand mijn ouden aschbak stuk, dan kan ik van hem schadevergoeding eischen; tast hij mij aan in mijne persoonlijkheid, krenkt hij mij in mijne dierbaarste rechten, dan treedt hij zegevierend uit het strijdperk!”²⁶⁹

Wolfsbergen bepleitte een recht op smartengeld wegens fysiek letsel in de volgende bewoordingen:

“Inderdaad — dat iemand met een welgemikten stomp een gezwel boven mijn oog mag teweegbrengen, dat alle kleuren vertoont, welke het gelaat anders slechts in het oog van een modern schilder sieren, zonder daarvoor tegenover mij in het minst aansprakelijk te zijn, moet wel ieders rechtsgevoel onbevredigd laten. Wie een ander met diens eigen wandelstok een pak slaag geeft, gaat, zoo de aangevallene rentenier is, vrij uit; hoogstens moet hij de kosten van medische hulp betalen, zoo hij het slachtoffer eenige ledematen of ribben stukslaat. Mocht echter de wandelstok breken, dan moet de woesteling de waarde daarvan vergoeden.”²⁷⁰

Aangezien gerechtigheid een notie is die zich moeilijk laat articuleren is het onvermogen om de functie van smartengeld met een eenvoudige term aan te duiden niet verbazingwekkend. In de volgende hoofdstukken zullen de problemen van de compensatiefunctie nader in kaart worden gebracht (Hoofdstuk IX: nrs. 356-359) en zal worden getracht een nieuwe (aanvullende) functie voor de toekenning van smartengeld te vinden (Hoofdstuk X: nrs. 360-381 en Hoofdstuk XI: nrs. 382-419).

268 Zie over deze redenering meer hierna in nrs. 368-371.

269 RM 1889, p. 404.

270 Wolfsbergen, NJB 1933, p. 582.

Hoofdstuk IX

ONVOLKOMENHEID VAN DE COMPENSATIEFUNCTIE

1. Inleiding

356 Zoals in het vorige hoofdstuk bleek, wordt compensatie beschouwd als de belangrijkste functie van smartengeld. Tegelijkertijd werd duidelijk dat deze functie in een aantal opzichten als problematisch wordt ervaren.¹ In de eerste plaats zijn geld en leed onvergelykbare grootheden, zodat het laatste niet werkelijk met het eerste gecompenseerd kan worden. Bovendien lijdt het principe van volledige schadevergoeding schipbreuk bij vergoeding van immateriële schade. Tenslotte is de toekenning van smartengeld aan comateuze slachtoffers en in geval van schending van persoonlijkheidsrechten moeilijk te funderen op de compensatiefunctie. In deze gevallen lijkt de scheidslijn met een private boete erg dun te worden. De heersende leer dwingt echter ook deze gevallen in het keurslijf van de compensatiefunctie. Ik heb gesuggereerd dat dit om strategische redenen gebeurt. De openlijke erkenning dat in een aantal gevallen smartengeld geen compensatie is, lijkt tot de conclusie te dwingen dat er sprake is van een private boete. Zo komt wellicht de verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid voor immateriële schade op de tocht te staan² en haalt men allerlei theoretische problemen binnen over de verhouding tussen privaatrecht en strafrecht.

Hoewel het vasthouden aan de compensatiefunctie begrijpelijk is, mag dit er niet toe leiden dat men de ogen sluit voor haar zwakheden. In dit hoofdstuk zullen deze nader worden geanalyseerd (nr. 357). Betoogd zal worden dat de compensatiefunctie slechts in een beperkt aantal gevallen een voldoende basis vormt voor de toekenning van smartengeld. Voor de overige gevallen dient een nieuw fundament geconstrueerd te worden (nr. 358). In deze laatste categorie van gevallen wordt de aanwezigheid van leed thans gemakshalve gefingeerd (nr. 359).

2. Zwaktes van de compensatiefunctie

357 In het navolgende passeren drie zwaktes van de compensatiefunctie de revue. Zij hebben gemeen dat de compensatiefunctie het huidige recht niet voldoende verklaart.

1. Geen smartengeld wegens de enkele aantasting van vermogensrechten

De aantasting van vermogensrechten geeft pas recht op smartengeld indien een zekere drempel is overschreden. Pas wanneer sprake is van psychisch letsel bestaat naar Nederlands recht aanspraak op vergoeding van immateriële schade. Ziet iemand hoe zijn flat als gevolg van een vliegtuigcrash geheel in vlammen opgaat en ontstaat bij hem als gevolg daarvan een Post Traumatische Stress Stoornis, dan heeft hij recht op

1 Zie hiervoor nr. 355.

2 Hoewel 'punitive damages' in de VS soms wel degelijk op verzekeraars kunnen worden afgewenteld. De verzekeringsovereenkomsten zijn in verband met concurrentie veelal ruim geredigeerd en soms verbiedt de statelijke wetgever zelfs de uitsluiting van 'punitive damages', zie Schirmeister, 1996, par. 3.64.

smartengeld.³ Illustratief is ook Kip en Sloetjes/Rabobank.⁴ Kip is oprichter-bestuurder-aandeelhouder van een bedrijf maar moet onder onrechtmatige druk van de financierende bank zijn aandelen verkopen. Het bedrijf gaat uiteindelijk failliet maar er blijven zekerheden over. Kip vordert smartengeld ten bedrage van f 1.000.000,-. Hij stelt dat hij zich onder psychiatrische behandeling heeft moeten stellen. Het bedrijf was zijn levenswerk dat hij van de grond af aan had opgebouwd en waarin hij zijn levensgeluk vond. Het was zijn inkomensbron en zijn privé-bezit en door toedoen van de bank is hij psychisch zo beschadigd dat hij niet meer in staat is om een nieuw bedrijf op te zetten. De Hoge Raad overweegt dat indien deze stellingen komen vast te staan zij in beginsel de toewijzing van smartengeld kunnen dragen en verwijst de zaak terug voor verdere feitelijke behandeling. Het gaat in beide gevallen echter om smartengeld wegens gezondheidsschade en niet om smartengeld wegens de enkele aantasting van een vermogensrecht.⁵

Indien de aantasting van een vermogensrecht niet resulteert in psychisch letsel bestaat *geen* recht op smartengeld. Is daarentegen sprake van de schending van een persoonlijkheidsrecht, zoals bijvoorbeeld het recht op privacy of een aantasting van de eer en goede naam⁶, dan heeft de benadeelde *wel* recht op vergoeding van immateriële schade ook al is er geen psychisch letsel.

De verschillende rechtsgevolgen die aldus verbonden worden aan de schending van een vermogensrecht respectievelijk een persoonlijkheidsrecht zijn moeilijk te rechtvaardigen vanuit de compensatiefunctie. Nergens wordt aannemelijk gemaakt dat de frustratie die haar oorzaak vindt in de aantasting van een vermogensrecht minder of anders van aard is dan die welke het gevolg is van bijvoorbeeld een belediging of een inbreuk op de privacy. Er is geen enkele (empirische) reden om aan te nemen dat een onterecht gelegd beslag of de beschadiging of vernietiging van een zaak per definitie als minder pijnlijk worden ervaren dan de aantasting van een persoonlijkheidsrecht.

Het verklarend vermogen van de compensatietheorie bereikt hier zijn grenzen. In de kern genomen komt zij er immers op neer dat smartengeld de functie heeft gekwetste gevoelens door middel van geld – voor zover mogelijk – te compenseren. Waarom gevoelens die langs de ene weg (inbreuk op een persoonlijkheidsrecht) worden gekwetst wel compensabel zijn, maar gevoelens die langs de andere weg (inbreuk op een vermogensrecht) worden geschonden dat niet zijn, is niet uit te leg-

3 Rb Amsterdam, 19 juli 2000, NJkort 2000, 78 (dit element van de uitspraak blijkt niet uit de weergave in de NJkort. De gehele uitspraak is te kennen via www.rechtspraak.nl onder ELRO-nummer: AA6551). Aangenomen moet worden dat de benadeelde ook recht heeft op vergoeding van vermogensschade. In deze zaak vorderde de benadeelde evenwel alleen smartengeld, zie hiervoor nr. 110. Eenzelfde beslissing nam het Court of Appeal in *Attia v. British Gas*, [1988] QB 304 zie hiervoor nr. 118.

4 HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662, nt. Ma. Zie verder hiervoor nr. 110.

5 In de regel wordt in geen van de onderzochte rechtssystemen smartengeld toegekend wegens de enkele aantasting van vermogensrechten, de nadruk ligt op bescherming van persoonlijkheidsrechten, zie Hoofdstuk II (nrs. 9-67). Als uitzondering kan worden beschouwd het feit dat de weigering van een verzekeraar om uit te betalen onder omstandigheden recht geeft op smartengeld. Vooral het Amerikaanse en het Duitse recht bieden deze mogelijkheid, zie Hoofdstuk VII (nrs. 285-318).

6 Gedacht kan ook worden aan discriminatie of aan de inbreuk op een auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht (art. 25 Aw). Voor het recht op smartengeld in deze gevallen zie hieronder nrs. 405-407 respectievelijk 408-410.

gen. Het antwoord dat een vermogensrecht geen persoonlijkheidsrecht is en dat de aantasting van een vermogensrecht als zijnde minder persoonlijk geen persoonsaantasting (art. 6:106 lid 1 sub b BW) kan opleveren, is te formeel. In beide gevallen, zowel bij de aantasting van een persoonlijkheidsrecht als bij de aantasting van een vermogensrecht, is denkbaar dat de benadeelde in zijn gevoelens wordt gekwetst en wat is nu persoonlijker dan gekwetste gevoelens?

Op grond van beleidsoverwegingen valt eventueel te betogen dat slechts ernstig leed dat zich manifesteert in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, zoals bijvoorbeeld een Post Traumatische Stress Stoornis, voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Niet verdedigbaar is echter dat gering leed in het ene geval wel, namelijk bij de inbreuk op een persoonlijkheidsrecht, maar in het andere geval niet, namelijk bij de schending van een vermogensrecht, vergoedbaar is. De compensatiefunctie geeft hier geen duidelijke verklaring voor. In beide gevallen is het ondervonden leed immers van dezelfde orde. De onvergoedbaarheid van immateriële schade wegens de aantasting van vermogensrechten kan derhalve niet worden gemotiveerd met verwijzing naar de ernst van die schade zelf. Vasthouden aan de compensatiefunctie als enige grondslag voor vergoeding van immateriële schade en tegelijkertijd geen smartengeld toekennen wegens de aantasting van vermogensrechten is derhalve niet consequent om niet te zeggen arbitrair.

2. Het leed verdwijnt vanzelf

Stel dat iemand door een onrechtmatige daad blijvend invalide is geworden of naar alle verwachting psychisch blijvend is aangetast door bijvoorbeeld een Post Traumatische Stress Stoornis. Hij wordt dan levenslang dagelijks met zijn beperkingen geconfronteerd. Deze beperkingen, tezamen met de reacties daarop van andere mensen⁷, vormen een blijvende bron van gederfde levensvreugde. Niemand zal willen betwisten dat hier van schade sprake is in de zin van een negatief verschil tussen twee toestanden, te weten de werkelijke toestand en de toestand die zonder de onrechtmatige daad zou zijn ontstaan.

In veel gevallen waarin smartengeld wordt toegekend is er echter geen sprake van blijvend fysiek of psychisch letsel. Een inbreuk op de privacy, een aantasting van de eer en goede naam, geluidshinder en een trage afwikkeling van de schade door een verzekeraar zullen in de meeste gevallen misschien ergernis en andere onlustgevoelens veroorzaken, maar geen blijvend letsel. Een kenmerkende karakteristiek van dergelijke negatieve gevoelens is dat zij vanzelf zullen verdwijnen. Het – soms wat cynische – gezegde dat de tijd alle wonden heelt, gaat hier op.

Het feit dat immateriële schade althans in een aantal gevallen vanzelf teniet gaat, staat in duidelijk contrast met het principieel blijvende karakter van vermogensschade. Hoe men het ook wendt of keert, vermogensschade verdwijnt nooit vanzelf. Het vermogen kan na het schadebrengende feit door een toevallige omstandigheid (het winnen van een loterij bijvoorbeeld) aangroeien, maar dit maakt de toegebrachte vermogensschade niet ongedaan. Ook na de aanwas is het vermogen geringer dan het zou zijn geweest indien de vermogensschade niet zou zijn toegebracht.

⁷ Denk bijvoorbeeld aan de schrikreacties van mensen wanneer zij geconfronteerd worden met afschuwelijke littekens van brandwonden.

De eigenschap dat immateriële schade vaak vanzelf door enkel tijdsverloop verdwijnt, is niet in overeenstemming met de compensatiefunctie. Deze functie veronderstelt immers dat sprake is van schade die gecompenseerd moet worden. Als in veel gevallen vaststaat dat de immateriële schade op termijn verdwijnt, is het vanuit dit perspectief niet goed te rechtvaardigen dat compensatie moet plaatsvinden. Schade is het verschil dat resulteert uit de vergelijking van twee toestanden.⁸ De toestand zoals die werkelijk is, wordt vergeleken met de hypothetische toestand, de toestand zoals die zonder het schadebrengende feit zou zijn geweest. Niet aanstonds duidelijk is waarom nu als werkelijke toestand de toestand direct na de onrechtmatige gedraging moet worden gekozen. Zeker niet als aannemelijk is dat bij keuze van een later moment geen verschil en dus geen schade blijkt.

Door in gevallen waarin het leed op natuurlijke wijze door tijdsverloop teniet wordt gedaan toch smartengeld toe te kennen, wordt de benadeelde dus bewust financieel verrijkt. Vanuit de compensatiefunctie valt dit moeilijk te verklaren. Wie de compensatiefunctie derhalve serieus neemt, zal slechts smartengeld willen toekennen in de meest ernstige gevallen waarin de benadeelde blijvend te kampen heeft met fysieke beperkingen of blijvend in zijn psychische integriteit is aangetast door bijvoorbeeld een Post Traumatische Stress Stoornis. Voor de toekenning van smartengeld buiten deze gevallen is een ander fundament vereist. Aanhangers van de compensatiefunctie trekken deze conclusie ten onrechte niet.

3. *Het bestaan van immateriële schade is vaak niet objectiveerbaar en derhalve niet verifieerbaar*
In geval van fysiek letsel of wanneer iemand in zijn psychische gezondheid getroffen is door bijvoorbeeld een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, is in principe sprake van objectief (medisch) vast te stellen leed.⁹ Buiten deze gevallen is het *praktisch onmogelijk* om te bepalen of degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld daadwerkelijk heeft geleden. Het tegenovergestelde is evenmin aantoonbaar.

Deze onmogelijkheid om vast te stellen of er überhaupt sprake is van immateriële schade, doet zich opmerkelijk genoeg voor in veel gevallen waarin smartengeld wordt toegekend, te weten bij hinder en andere schendingen van de privacy¹⁰, vertraging van de schadeafwikkeling¹¹, aantasting van de eer en goede naam.¹² Hetzelfde geldt voor niet uitvoerig in dit boek behandelde gevallen als discriminatie¹³ aantasting van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten¹⁴ en wanprestatie.¹⁵ Dit probleem doet

8 Bloembergen, 1965, nr. 13; Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 415; Spier, Hartlief, Van Maanen, Vriesendorp, 2000, nr. 200.

9 Het constateren van psychisch letsel zal uiteraard minder eenvoudig zijn dan de vaststelling van fysiek letsel. Wanneer iemand door (verschillende) psychologen of psychiaters wordt onderzocht en wanneer zijn functioneren van voor en van na de onrechtmatige daad met elkaar worden vergeleken kan echter voldoende zekerheid worden verkregen over de aanwezigheid van psychisch letsel. In bepaalde gevallen zal overigens ook de aanwezigheid van fysiek letsel praktische moeilijkheden opleveren. Denk bijvoorbeeld aan bepaalde rugklachten waaraan geen duidelijk rugletsel ten grondslag ligt.

10 Zie nrs. 222-284 (Hoofdstuk VI).

11 Zie nrs. 285-318 (Hoofdstuk VII).

12 Zie nrs. 222-284 (Hoofdstuk VI).

13 Zie hierna nrs. 405-407.

14 Zie hierna nrs. 408-410.

zich ook voor ten aanzien van affectieschade. Hoewel het leed in het algemeen zeer invoelbaar is, is het in een concreet geval zeer moeilijk te bewijzen.¹⁶ In al deze gevallen kent de rechter dus smartengeld toe, terwijl geenszins vaststaat dat smart is geleden. Het bestaan van smart is noch te bewijzen noch te ontkrachten.

De aanhangers van de compensatiefunctie als exclusief fundament voor vergoeding van immateriële schade onderkennen mijns inziens onvoldoende het gegeven dat in de meeste gevallen niet vast is te stellen of er wel immateriële schade is geleden. Zij maken het zichzelf zo veel te gemakkelijk. Er is hoogstens een nauwelijks nader in percentages uit te drukken *kans* dat de benadeelde daadwerkelijk smart heeft geleden.¹⁷ Door smartengeld toe te kennen, terwijl het bestaan van de smart niet aantoonbaar is, neemt het schadevergoedingsrecht bewust het risico dat in een concreet geval schade wordt vergoed zonder dat schade is geleden. Dat strijdt met de compensatiefunctie. Bezwaren tegen vergoeding van immateriële schade worden vaak in ethische termen gegoten (commercialisering, materialisme¹⁸), maar het is veelal het onverifieerbare karakter van immateriële schade dat de terughoudendheid van veel mensen ten opzichte van smartengeld verklaart.¹⁹ Doordat in de rechtspraak buiten gevallen van (blijvend) fysiek en psychisch letsel eenvoudig verondersteld wordt dat immateriële schade is geleden, komt schade als noodzakelijk vereiste voor de toekenning van schadevergoeding in wezen te vervallen. Compensatie van negatieve gevoelens is zo hoogstens een mogelijk neveneffect van de toekenning van smartengeld. Wordt aan de compensatiefunctie de betekenis toegekend die men daaraan gewoonlijk geeft, dan biedt zij geen grondslag voor de toekenning van smartengeld indien niet vaststaat dat daadwerkelijk leed is ondervonden. Dat wil dus zeggen dat een grondslag ontbreekt in al die gevallen waarin smartengeld wordt toegekend zonder dat sprake is van fysiek of psychisch letsel.

Samengevat komt het er op neer dat de rechter in een aantal arbitraire gevallen (namelijk alleen bij schending van persoonlijkheidsrechten, maar niet bij schending van vermogensrechten, zie 1) smartengeld toekent ter compensatie van niet te verifiëren leed (zie 3) dat, zo daarvan al sprake is, door enkel tijdsverloop teniet gaat (zie 2).

Duidelijk zal zijn dat als voor deze gang van zaken al een verklaring bestaat, deze niet te vinden is in de compensatiefunctie. Het zou eventueel mogelijk zijn omwille van de dogmatische zuiverheid het recht op smartengeld te beperken tot die gevallen

15 Bij wanprestatie valt bijvoorbeeld te denken aan art. 7:510 BW dat recht geeft op smartengeld in geval van derving van reisgenot. Het smartengeld is overigens gelimiteerd tot het bedrag van de reissom (art. 7:511 BW).

16 Zie hiervoor nr. 217. Omdat aan de hand van een aantal omstandigheden toch aannemelijk is dat iemand affectieschade heeft geleden, is het eventueel mogelijk om de toekenning op de compensatiefunctie te baseren, zie hiervoor nrs. 217-221. Hierna in nr. 395 wordt onderzocht in hoeverre de toekenning van affectieschade ook op de rechtshandavingsfunctie valt te funderen.

17 Anders dan bij kansschade is het feit dat niet meer vast te stellen is of de onrechtmatige gedraging of de wanprestatie schade heeft veroorzaakt niet het gevolg van die onrechtmatige daad of wanprestatie zelf. Het gaat hier om schade waarvan de aan- of afwezigheid principieel niet is vast te stellen. Het is dus anders dan bij kansschade niet mogelijk om zich te baseren op algemene statische gegevens die bijvoorbeeld aantonen dat een bepaald type operatie een slagingskans van 40% heeft.

18 Bijvoorbeeld PG Boek 6, p. 385 en p. 389.

19 Vgl. voor dit laatste Bydliniski, 1996, p. 222.

waarin vaststaat dat de benadeelde fysiek of psychisch blijvend is aangetast. Weliswaar zou een dergelijke beperking Nederland internationaal isoleren en zou een rechtsontwikkeling van vele tientallen of zelfs duizenden jaren worden teruggedraaid²⁰, maar dat is *dogmatisch* gesproken geen probleem. Vooralsnog wordt dit door niemand serieus voorgesteld, ook niet, en daar gaat het mij om, door voorstanders van de compensatiefunctie.²¹ Het probleem is dus dat zij enerzijds géén drastische wijzigingen van de huidige rechtspraktijk voorstellen, maar anderzijds géén voldoende verklaring voor die praktijk hebben. De uitdaging is derhalve te onderzoeken of naast de compensatiefunctie²² nog een andere functie is te vinden die de huidige praktijk wel verklaart.

3. Twee afzonderlijke categorieën

358 Uit het bovenstaande blijkt dat de gevallen waarin smartengeld wordt vergoed vanuit het perspectief van de compensatiefunctie grofweg in twee groepen uiteenvallen. Enerzijds de gevallen die wel op de compensatiefunctie zijn te funderen en anderzijds de gevallen ten aanzien waarvan dat niet mogelijk is. De eerste categorie omvat fysiek en psychisch letsel (bijvoorbeeld een Post Traumatische Stress Stoornis). Er is sprake van (medisch) objectiveerbare en derhalve van verifieerbare immateriële schade. De tweede categorie bestaat uit alle overige gevallen. Het gaat hier om leed dat niet medisch objectiveerbaar is en derhalve ook niet te verifiëren valt. Hier moet met name²³ gedacht worden aan inbreuken op persoonlijkheidsrechten.

Het dualisme tussen objectiveerbare immateriële schade en niet objectiveerbare immateriële schade overlapt dus grotendeels met het dualisme tussen letselschade (fysiek en psychisch) en aantasting van persoonlijkheidsrechten. Dat werkelijk van een min of meer zuivere tegenstelling sprake is, vergt enige toelichting. In de eerste plaats is niet evident dat fysiek en psychisch letsel op één lijn moeten worden gesteld. Bedacht dient echter te worden dat psychisch letsel zich veelal deels fysiek manifesteert.²⁴ In de tweede plaats rijst de vraag of het recht op fysieke en psychische integriteit geen persoonlijkheidsrecht is. Hoewel het antwoord op zichzelf bevestigend luidt²⁵, moet niet uit het oog worden verloren dat historisch gesproken het begrip persoonlijkheidsrechten vooral ontwikkeld is om bescherming te bieden aan andere belangen dan de fysieke integriteit. Het probleem was namelijk dat vaststond dat fysiek letsel aanspraak gaf op schadevergoeding, maar dat dit geheel anders lag ten

20 Aantasting van de eer en goede naam werd immers reeds door de Romeinse *actio iniuriarum* beschermd. Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van deze actie Zimmermann, 1992, hoofdstuk 31 en Dondorp en Hallebeek, 1998.

21 Bijvoorbeeld Lindenbergh, 1998, hoofdstuk 2 en hoofdstuk 5.

22 Deze voldoet immers wel in geval van (blijvend) fysiek of psychisch letsel.

23 Langzame schadeafwikkeling door een verzekeraar valt ook in deze categorie hoewel dat strikt genomen geen inbreuk vormt op een persoonlijkheidsrecht.

24 DSM-IV, 1994, Introduction p. xxi.

25 Zie onder meer Asser-Hartkamp 4-III, 1998, nr. 35; Van Emmerik, 1997, p. 14; Jansen, *Onrechtmatige daad I* (losbladige), Art. 162, aant. 57; Lindenbergh, *TVP* 1999, p. 1674 en Van Dam, 2000, nr. 833. Zie hiervoor nr. 59.

aanzien van bijvoorbeeld de eer en goede naam, het beeldrecht en meer algemeen het recht op privacy en de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten.²⁶ Deze laatste rechten werden niet algemeen erkend. Dit laat zich duidelijk illustreren aan de hand van het Duitse recht. Par. 823 I en par. 847 I BGB beschermen sinds 1900 wel expliciet tegen aantasting van de fysieke integriteit ('Körper') en de gezondheid ('Gesundheit'), maar niet tegen een aantasting van de eer en goede naam. Juist met het oog daarop erkende het BGH in 1954 het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht'.²⁷ Het in de Franse literatuur gebruikelijke onderscheid tussen vergoeding van immateriële schade wegens fysiek letsel en wegens niet-fysiek letsel, in het bijzonder wegens aantasting van de 'droits de la personnalité', kan men ook als een reminiscentie beschouwen aan deze verschillende historische achtergrond.²⁸

Er zijn dus globaal twee categorieën. Letselschade (zowel psychisch als fysiek) enerzijds en aantasting van persoonlijkheidsrechten anderzijds. Uit het vorige hoofdstuk bleek al dat de toekenning van smartengeld met name bij de schending van persoonlijkheidsrechten moeilijk in overeenstemming is te brengen met de compensatiefunctie.²⁹ In Frankrijk is in de literatuur betoogd dat in dat geval sprake is van een 'peine privée', in Nederland wordt de grens met een private boete dun geacht en in Duitsland heeft het BGH zelfs expliciet erkend dat geen sprake is van smartengeld in de eigenlijke zin van het woord, maar van een juridische noodoplossing ('Rechtsbehelf') die steunt op de waarde die de Duitse grondwet toekent aan de menselijke persoonlijkheid.³⁰ Deze stellingname krijgt nu meer contouren. Schrijvers en rechters nemen naar alle waarschijnlijkheid afstand van de compensatiefunctie, omdat er geen objectiveerbaar en dus ook geen verifieerbaar leed valt te constateren. In die gevallen toch van compensatie van schade te spreken, ervaart men waarschijnlijk mede *daarom* als problematisch. Het is wellicht in verband met het niet objectieveerbare en dus niet verifieerbare karakter van het leed als gevolg van schending van persoonlijkheidsrechten, dat men aarzelt termen als schadevergoeding of compensatie in de mond te nemen en dat in Duitsland en Nederland de term genoegdoening is geïntroduceerd.

Het verschil tussen beide categorieën kan ook nog op een andere wijze inzichtelijk worden gemaakt. Drion heeft het aansprakelijkheidsrecht eens omschreven als een spanningsveld met twee polen: enerzijds het onrechtmatig handelen en anderzijds de schade.³¹ Bepaalde onrechtmatige daden liggen dicht bij de pool van het onrechtmatig handelen, terwijl andere onrechtmatige daden rondom de schadepool gesitueerd zijn. Oneerlijke concurrentie is een voorbeeld van een onrechtmatige daad die dicht bij de eerste pool ligt. Het schadegevolg zou op vele andere manieren kunnen ontstaan en het handelen van de dader staat hier dan ook centraal. Een voorbeeld waarbij de onwenselijkheid van het schadegevolg op de voorgrond staat, is fysiek letsel.

26 Nederland neemt in die zin een bijzondere positie in dat smartengeld wegens fysiek letsel naar verhouding laat werd erkend, te weten in HR 21 mei 1943, NJ 1944, 455, terwijl smartengeld wegens aantasting van de eer en goede naam al sinds 1881 mogelijk was, zie HR 13 mei 1881, W. 4638.

27 BGHZ 13, 334 (25-5-1954), zie hiervoor nr. 15. Ook de privacy werd niet beschermd door het BGB, zie hiervoor nrs. 12, 223 en 227-229.

28 Zie over deze tweedeling hiervoor nr. 41.

29 Zie hiervoor nr. 354.

30 BGH 128, 1 (15-11-1994).

31 Drion, 1955, p. 5.

De gevallen waarin smartengeld wordt toegekend, bevinden zich niet op één plaats in dit spanningsveld. Objectiveerbaar en derhalve verifieerbaar leed wegens fysiek letsel of een gezondheidsaantasting, bijvoorbeeld in de vorm van een Post Traumatische Stress Stoornis, liggen bij de schadepool. Deze vormen van schade worden namelijk zonder meer als maatschappelijk onwenselijk beschouwd. Dit ligt anders ten aanzien van de gevallen waarin geen objectiveerbaar leed is veroorzaakt. Het toebrengen van niet objectiveerbare immateriële schade is immers aan de orde van de dag. Verbreking van een relatie, beoordeling van werknemers, corrigerend opvoedkundig optreden, onbeleefdheid en ongevraagde 'opbouwende kritiek' zijn slechts enkele voorbeelden. In de huidige samenleving wordt dus niet het *schadegevolg* (het naar verhouding geringe niet objectiveerbare leed) zonder meer als onwenselijk beschouwd. Het is meer *de wijze waarop* deze schade is toegebracht die de wenkbrauwen doet fronsen. Vergoeding van immateriële schade ligt derhalve in deze gevallen bij de onrechtmatigheidspool.³²

Waar een bepaalde persoonsaantasting precies moet worden gesitueerd, ligt niet voor eens en voor altijd (a priori) vast. Dit hangt immers af van een oordeel omtrent de wenselijkheid van bepaalde gevolgen. Dit oordeel is uiteraard aan wijziging onderhevig. Dat fysiek letsel en gezondheidsaantastingen vrijwel altijd als maatschappelijk onwenselijk zullen worden ervaren, ligt voor de hand. Een ander oordeel zou een bedreiging kunnen opleveren voor de maatschappelijke stabiliteit. De waardering van de eer en goede naam, de privacy en de band die een auteur met zijn werk heeft³³, ligt echter veel minder vast. Op verschillende tijden en plaatsen zijn deze belangen verschillend gewaardeerd.

Het bovenbeschreven spanningsveld met twee polen verschaft waarschijnlijk (enig) inzicht in de ontwikkelingsdynamiek van vergoeding van immateriële schade. Indien het oordeel over de onwenselijkheid van een bepaald *gevolg* nog niet is uitgekristalliseerd, ligt het voor de hand dat rechters zich concentreren op het *handelen* van de dader. Door schadevergoeding te beperken tot een specifiek feitencomplex wordt vermeden dat die schade altijd dient te worden vergoed. Dit kan echter de eerste stap zijn op de weg die naar ruimere of zelfs naar algehele erkenning voert.

Deze hypothese lijkt bevestigd te worden door de ontwikkeling van de Engelse jurisprudentie inzake shockschade. De gedachte dat een mens behalve fysiek ook psychisch letsel kan oplopen, werd aan het einde van de vorige eeuw met wantrouwen bekeken. Behalve angst voor frauduleuze claims was ook sprake van een zekere vooringenomenheid ten aanzien van psychisch letsel. Psychische problemen werden al gauw als een blijk van zwakte gezien. Het werd daarom voor mogelijk gehouden

32 Esser-Weyers, 1991, par. 53 nr. 2 lijkt een soortgelijke tweedeling te maken als Drion. Hij verdeelt de 'Anwendungsgebiete' van het aansprakelijkheidsrecht namelijk in 'Zurechnung von Unfallsschäden' enerzijds en de afbakening van 'Handlungsspielräume und Freiheitsbereiche' anderzijds. De eerste categorie betreft rechtsgoederen die 'an sich' gerespecteerd moeten worden, terwijl dit bij de tweede categorie niet zo is. Anders dan bij de eerste categorie gaat het niet om de verschuiving van kosten, dit blijkt uit het grote aantal smartengeldvorderingen. Schadevergoeding heeft bij deze tweede categorie vooral een repressieve en preventieve functie.

33 Uiteraard komt de term auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht pas in zwang op het moment dat de hierdoor beschermde belangen maatschappelijk erkenning hebben gevonden. Ditzelfde geldt voor het recht op privacy, het recht op vrijheid en het recht op eer en goede naam.

dat vrouwen hieraan konden lijden, maar voor mannen gold dat niet. Dat deze overtuiging niet slechts door leken werd aangehangen, maar ook door psychologen en psychiaters, blijkt uit een artikel van Chamallas en Kerber.³⁴ In eerste instantie kwam shockschade dan ook slechts in heel specifieke omstandigheden voor vergoeding in aanmerking. Eerst was 'physical impact' vereist.³⁵ Toen dit vereiste vervolgens steeds meer uitgehold werd, ontstond de regel dat het slachtoffer alleen recht had op schadevergoeding indien hij had gevreesd voor zijn eigen fysieke integriteit ('zone of physical danger'). De aanknoping bij de erkende categorie van fysiek letsel is bij beide regels opvallend. Vervolgens werden de bakens steeds opnieuw verzet door afschaffing van het vereiste van de 'zone of physical danger', introductie van de 'aftermath'-doctrine en compensatie van shockslachtoffers die geen affectieve relatie met het primaire slachtoffer hadden, zoals collega's. Onder vuur liggen thans de eisen dat de shock plotseling moet zijn en dat het shockslachtoffer het ongeluk met 'unaided senses' heeft waargenomen.³⁶

Naarmate de acceptatie van psychisch letsel toenam, werden de drempels voor vergoeding van shockschade dus verlaagd. In de beginfase vormde het schadegevolg zelf onvoldoende rechtvaardiging om tot aansprakelijkheid te concluderen. Bijkomende omstandigheden waren vereist.³⁷ Na verloop van tijd werden deze echter als arbitrair ervaren en terzijde geschoven. Met het verstrijken van de tijd verschuift de rechterlijke aandacht van de *omstandigheden* waaronder het psychisch letsel werd toegebracht, naar het *psychisch letsel zelf*. Het theoretische eindresultaat van deze ontwikkeling zou zijn dat psychisch letsel zozeer geaccepteerd is dat het enkele feit dat iemand als gevolg van een onrechtmatige daad psychisch letsel heeft geleden, voldoende is voor vergoeding. Het Duitse recht benadert deze theoretische eindsituatie het dichtst met de ruime vergoeding van shockschade in gevallen waarin het primaire slachtoffer en het shockschadeslachtoffer affectieve banden onderhielden. De shockschade wordt dan vergoed ook al was het shockslachtoffer niet ter plaatse. Een confrontatie met de dood van een dierbare persoon in de vorm van een telefoontje is voldoende. Inwerkingtreding van dit mechanisme (verschuiving van de aandacht van de omstandigheden naar de geleden schade), is, zoals gezegd, geen wet van Meden en Perzen, maar hangt af van maatschappelijke ontwikkelingen. In Duitsland zijn deze ten aanzien van shockschade kennelijk anders verlopen dan in Engeland.

Buiten gevallen van shockschade ligt het, waar de immateriële schade relatief gering is in de zin dat de benadeelde niet in zijn gezondheid is aangetast, minder voor de hand dat het enkele feit van de onrechtmatige daad recht geeft op schadevergoeding. Onze huidige samenleving is (nog?) niet zo ver (van huis?) dat de enkele frustratie als dusdanig onwenselijk wordt beschouwd dat aansprakelijkheid dient te volgen. Op dit principe wordt in de eerste plaats uitzondering gemaakt in welom-

34 Chamallas, Kerber, 88 Mich.L.Rev. 814 (1990). Zie voor weerstanden tegen vergoeding van shockschade hiervoor nr. 95.

35 Victorian Railways Commissioner v. Coultas (1888) 13 App Cas 222. Zie over deze zaak Mullany and Handford, 1993, p. 1.

36 Zie hiervoor nrs. 119-131.

37 Opvallend is dat in geval van *opzet* de rechter wel al vroeg een recht op schadevergoeding aannam, zie Wilkinson v. Downton, [1897] 2 QB 57 waarin een vrouw psychische schade leed doordat een 'grapjas' haar vertelde dat haar echtgenoot een ongeluk had gehad. Zie over deze zaak hiervoor nr. 119.

schreven gevallen zoals bijvoorbeeld bij een aantasting van de eer en goede naam of bij een inbreuk op de privacy. Privacy en eer en goede naam zijn kennelijk zo gewichtig dat smartengeld wordt toegekend ook al is het concrete leed waarschijnlijk zeer gering. Het feit dat het veelal opzettelijk onrechtmatig gedrag betreft, in combinatie met de aard van het geschonden subjectieve recht, geven hier kennelijk de doorslag. Verder bestaat soms een recht op smartengeld wanneer het gedrag van de onrechtmatig handelende persoon werkelijk beneden alle niveau is. Een eerste voorbeeld is het Nederlandse art. 6:106 lid 1 sub a BW dat recht geeft op vergoeding van immateriële schade indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had de immateriële schade toe te brengen. Omdat volgens de tekst van de wet het oogmerk betrekking dient te hebben op de schade en niet op de schadeveroorzakende gedraging, is het bereik van deze bepaling evenwel beperkt. Een tweede voorbeeld vormt de Amerikaanse 'tort of intentional infliction of emotional distress'. Het toepassingsbereik van deze onrechtmatige daad is vrij ruim aangezien de opzet slechts gericht hoeft te zijn op het onrechtmatige gedrag. De belangrijkste beperking is hier gelegen in het vereiste dat er sprake moet zijn van 'extreme and outrageous conduct'.³⁸

Uit het bovenstaande valt te concluderen dat het ongedifferentieerde begrip 'immateriële schade' ten onrechte een ongedifferentieerde rechtswerkelijkheid suggereert. Bij nadere beschouwing is sprake van twee categorieën, fysiek en psychisch letsel enerzijds en aantasting van persoonlijkheidsrechten anderzijds. De functie van smartengeld verschilt per categorie. Bij gevallen die dicht bij de schadepool liggen, zoals bijvoorbeeld lichamelijk letsel, laat de functie van compensatie zich veel beter verdedigen dan bij gevallen die zich rondom de onrechtmatigheidspool bevinden zoals bijvoorbeeld een inbreuk op de privacy.

4. Smart als fictie

359 De term 'smartengeld' suggereert dat het onder dat hoofd toegekende bedrag strekt ter compensatie van geleden smart (leed). Uit het voorgaande blijkt echter dat deze gedachte – buiten gevallen van fysiek en psychisch letsel – op een fictie berust. In geval van schending van persoonlijkheidsrechten is namelijk geen sprake van objectiveerbaar en verifieerbaar leed. De aanwezigheid van smart (leed) is bij de bepaling van de gevallen waarin immateriële schade wordt vergoed derhalve niet uitsluitend tot leidraad genomen.

Het gebruik van ficties heeft veelal tot doel een bepaald verschijnsel aanvaardbaar te maken. Zo werd in vroeger tijden bij vertegenwoordiging de fictie opgehouden dat de handelingen van de vertegenwoordiger feitelijk werden verricht door de vertegenwoordigde zelf. Deze fictie verklaarde Scholten uit "de zuivere individualistische rechtsopvatting, die de gebondenheid van den mensch in rechte niet van zijn persoonlijk handelen kan scheiden".³⁹ Deze fictie maakt in een later stadium plaats voor het

³⁸ Zie hiervoor nr. 301.

³⁹ Asser-Scholten, 1940, p. 6.

toerekeningsbegrip. De gedachte dat handelingen van de één aan een ander kunnen worden toegerekend is dan zo aanvaardbaar dat dit openlijk kan worden erkend zodat een fictie niet meer noodzakelijk is. De verklaring is dan dat de mens aan zijn wilsverklaringen is gebonden, "niet omdat hij haar inhoud gewild heeft, maar omdat degeen tot wien hij haar richtte, op het gestand doen der verklaring mocht rekenen."⁴⁰

Een ander voorbeeld van een fictie levert de van 1927⁴¹ tot 1970⁴² geldende adequatieleer op het gebied van de juridische causaliteit. Volgens deze leer bepaalde de voorzienbaarheid en de voorzienbaarheid alleen of er sprake was van causaal verband. Köster⁴³ toonde aan dat de praktijk en de leer niet met elkaar spoorden. Overal waar rechters op grond van beleidsoverwegingen causaal verband wilden aannemen namen zij voorzienbaarheid aan en overal waar zij dat niet wilden aannemen oordeelden zij geen voorzienbaarheid aanwezig. Het resultaat was dat het begrip voorzienbaarheid van alle betekenis werd onbloomt en dat er een discrepantie ontstond tussen de innerlijke rechterlijke motivatie enerzijds en zijn motivering in de uitspraak anderzijds. De door Köster voorgestelde figuur van de toerekening naar redelijkheid⁴⁴ beoogde de rechter te dwingen expliciet verantwoording af te leggen van de overwegingen die hem tot zijn oordeel hadden geleid. De fictie van de adequatieleer was misschien oorspronkelijk nodig in verband met de overtuiging dat rechters het recht slechts toepassen en geen beleidsmatige oordelen vellen. Met het verstrijken van de jaren veranderde de opinie op dat punt en daarmee verdween ook de noodzaak om zich te verschuilen achter het criterium van de voorzienbaarheid. Daaraan vasthouden leidde daarentegen vooral tot verwarring omdat de rechtspraak onbegrijpelijk werd.

Op dezelfde wijze zou men het onjuiste gebruik van de term smartengeld kunnen verklaren. De erkenning dat geld wordt toegekend zonder dat sprake is van objectieveerbare schade is kennelijk onaanvaardbaar. Juristen proberen daarom hun ogen te sluiten voor het feit dat dit wel degelijk gebeurt. In die gevallen wordt daarom leed *gefingeerd* aan de zijde van de benadeelde. Door smart te fingeren, wordt schadevergoeding mogelijk. Zo onttrekt de figuur van smartengeld zich niet aan de bestaande dogmatische denkkaders.

Een indicatie dat van een fictie sprake is, vormt ook het gebrek aan contouren van het begrip immateriële schade. Opmerkelijk genoeg hebben voorstanders van de compensatiefunctie zich nooit diepgaand beziggehouden met de vraag wat smart of leed precies inhoudt. Daardoor blijft onduidelijk *wat* nu precies wordt gecompenseerd. Terwijl met betrekking tot het begrip vermogensschade onderscheiden wordt tussen zaakschade, zuivere vermogensschade, gemaakte kosten en gederfde winst wordt immateriële schade veelal negatief omschreven als schade die geen vermogensschade is.⁴⁵ Eventuele positieve omschrijvingen verschaffen evenmin duidelijkheid. Auteurs volstaan vaak met heel algemene niet uitputtende opsommingen als pijn, geestelijk

40 Asser-Scholten, 1940, p. 7.

41 HR 3 februari 1927, NJ 1927, p. 636, nt. EMM.

42 HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251, nt. GJS.

43 Köster, 1963.

44 Thans neergelegd in art. 6:98 BW.

45 Art. 6:95 BW spreekt van 'ander nadeel', art. 6:106 BW heeft het over 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat'. Zie verder hiervoor nr. 56.

leed, verdriet, malaise, slapeloosheid, ergernis, angst, minderwaardigheidsgevoelens, ontsiering van het lichaam, gederfde levensvreugde, verminderde levensverwachtingen en inperking van mogelijkheden.⁴⁶ Indien aanhangers van de compensatiefunctie niet iedere negatieve emotie door middel van smartengeld willen compenseren – en dat willen zij niet – zullen zij moeten onderscheiden tussen de verschillende negatieve emoties, althans criteria daartoe dienen te ontwikkelen. Dit echter is niet gebeurd, hetgeen er bijvoorbeeld toe heeft kunnen leiden dat een bepaalde soort immateriële schade (gekreukt rechtsgevoel) een afzonderlijke functie is geworden (de genoegdoeningsfunctie).⁴⁷ Nooit is getracht het begrip immateriële schade duidelijk te omlijnen of daaraan een duidelijk psychologisch concept ten grondslag te leggen. De invloed van de psychologie op de ontwikkeling van deze rechtsfiguur is buitengewoon beperkt geweest.⁴⁸ Hoogstens heeft de opkomst van de psychologie het gebruik van de fictie in de hand gewerkt dat steeds waar smartengeld wordt toegekend sprake is van leed, maar dat is niet meer dan een hypothese.

Hoewel ficties een nuttige functie kunnen vervullen doordat bepaalde figuren die anders niet in te passen zouden zijn toch een plaats in het rechtssysteem krijgen, blijft werkelijk begrip van het wezen van de desbetreffende figuur toch achterwege.⁴⁹ Voor een goed begrip van de figuur vergoeding van immateriële schade en een verdere uitbouw daarvan is het daarom tijd dat wij de fictie dat de toekenning van smartengeld altijd gericht is op compensatie van leed achter ons laten.

⁴⁶ Deurvorst, *Schadevergoeding (losbladige)*, Art. 106, aant. 5; Lindenberg, 1998, p. 92; Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 464.

⁴⁷ Zie hiervoor nr. 352.

⁴⁸ Dit is alleen incidenteel anders met betrekking tot shockschade. Sommige schrijvers refereren daar aan psychologische literatuur, zie bijvoorbeeld Lindenberg, 1998, p. 140-142. Zie voor enige informatie over psychiatrische ziektebeelden hiervoor nr. 94. Met betrekking tot het daarmee soms moeilijk af te grenzen geval van affectieschade zijn dergelijke uitstapjes daarentegen niet gebruikelijk en met betrekking tot schending van persoonslijksrechten speelt de psychologie geen enkele rol.

⁴⁹ Eggen, 1998, p. 447. Zie voor een bestrijding van ficties ook Meijers, VPO III, p. 277-300.

Hoofdstuk X

RECHTSHANDHAVING

1. Inleiding

360 In het vorige hoofdstuk is betoogd dat waar leed niet objectiveerbaar en derhalve niet verifieerbaar is, de compensatiefunctie de toekenning van smartengeld niet kan dragen. Om in die gevallen toch smartengeld toe te kunnen kennen, is derhalve een ander fundament in de vorm van een nieuwe functie vereist. Deze nieuwe functie zou idealiter tussen compensatie en straf in moeten liggen. Smartengeld als verkapte boete leidt niet alleen tot allerlei theoretische problemen, maar brengt ook wellicht de verzekeraarheid in gevaar.¹

In dit hoofdstuk wordt betoogd dat het vereiste aanvullende theoretische fundament kan worden gevonden in wat ik de rechtshandhavingsfunctie zou willen noemen. Deze functie is, noch in Nederland, noch in het buitenland geheel onbekend, maar in het kader van dit betoog heeft zij een vrij specifieke inhoud. Allereerst wordt behandeld wat ik onder de rechtshandhavingsfunctie versta (paragraaf 2: nrs. 361-371). Om deze functie in reliëf te plaatsen, volgt een overzicht van de functies die in Nederland en in het buitenland aanliggen tegen de rechtshandhavingsfunctie zoals ik die begrijp (paragraaf 3: nrs. 372-377). In paragraaf 4 (nrs. 378-381) tenslotte wordt de rechtshandhavingsfunctie in verband gebracht met het zogenaamde 'bewegliche System' van het aansprakelijkheidsrecht.

De consequenties van de rechtshandhavingsfunctie voor de gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat en voor de hoogte van het smartengeld, komen in het volgende hoofdstuk (nrs. 382-419) aan bod.

2. Rechtshandhaving en smartengeld

2.1 Wat houdt de rechtshandhavingsfunctie in?

2.1.1 Algemeen

361 De rechtshandhavingsfunctie in de hier bedoelde zin houdt in dat het privaatrecht in staat dient te zijn om te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Deze reactie dient niet te geschieden met het oog op (speciale of generale) preventie, maar is een kwestie van logische noodzaak: zonder (re)actie geen recht. Het is zinloos een bepaald belang van het etiket (subjectief) recht te voorzien als vervolgens na een inbreuk het privaatrecht geen mogelijkheid biedt om op die inbreuk te reageren. Het geschonden recht zet zich voort in de vorm van een rechtsaanspraak. Het bestaan van een (subjectief) recht veronderstelt derhalve logischerwijze het bestaan van een reactiemogelijkheid. Voor het bestaan van *privaatrechtelijke* rechten is vereist dat het *privaatrecht* een reactiemogelijkheid biedt. Niet relevant is de aanwezigheid van bestuursrecht.

1 Hoewel 'punitive damages' in de VS soms wel degelijk op verzekeraars kunnen worden afgewenteld. De verzekeringsovereenkomsten zijn in verband met concurrentie veelal ruim geredigeerd en soms verbiedt de statelijke wetgever zelfs de uitsluiting van 'punitive damages', zie Schirmeister, 1996, par. 3.64.

telijke of strafrechtelijke reactiemogelijkheden. De autonomie van het privaatrecht staat voorop.

Het privaatrecht biedt verschillende soorten reactiemogelijkheden. Te denken valt bijvoorbeeld aan de revindicatie en de vordering tot nakoming. Ook de vordering tot schadevergoeding kan die functie hebben. In tegenstelling tot de compensatiefunctie is de rechtshandhavingsfunctie derhalve niet uitsluitend een functie van het schadevergoedingsrecht, maar een functie van het privaatrecht als geheel. Zo beschouwd gaat zij aan de compensatiefunctie vooraf.

De werking van de rechtshandhavingsfunctie is derhalve niet tot één onderdeel van het privaatrecht beperkt. Zij vormt als het ware de logische ondergrond daarvan en kan zich in verschillende contexten doen gelden. Een tweetal voorbeelden zal dit illustreren. Een eerste voorbeeld vormt het arrest waarin de Hoge Raad een beroep op de extinctieve verjaringstermijn (art. 3:310 lid 2 BW) in strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) oordeelde.² In deze zaak was een werknemer gedurende een periode van vier jaar blootgesteld geweest aan asbeststof als gevolg waarvan zich bij hem mesotheliom had ontwikkeld. Hij sprak zijn werkgever aan tot schadevergoeding en de vordering werd na zijn overlijden voortgezet door zijn erfgenamen. De verjaringstermijn van dertig jaar van het toepasselijke art. 3:310 lid 2 BW was verstreken en de vraag was of deze termijn in verband met de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing moest blijven. De kern van de zaak is het feit dat de incubatieperiode voor mesotheliom twintig tot veertig jaar bedraagt. Had de Hoge Raad de extinctieve verjaringstermijn met het oog op de rechtszekerheid in stand gelaten, dan zou dit betekenen dat het recht op fysieke integriteit (gezondheid) van een bepaalde groep werknemers inhoudsloos zou zijn geworden. Gezien de incubatieperiode zouden de eerste symptomen van mesotheliom zich immers vaak pas manifesteren ná het verstrijken van de verjaringstermijn. Voor het recht op fysieke integriteit (gezondheid) was het dus een kwestie van buigen of barsten. Of dit recht zou voor wat betreft de aantasting door mesotheliom in wezen worden opgeheven, of de verjaringstermijn zou op de helling moeten. Gezien het belang dat aan de fysieke integriteit (gezondheid) in onze rechtsorde wordt toegekend was de laatste optie vrijwel onontkoombaar.³ Tegen die achtergrond valt vervolgens kritiek uit te oefenen op de keuze van de Hoge Raad voor een niet-uitputtende opsomming van zeven

2 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, nt. ARB.

3 In dezelfde richting lijkt A-G Spier te gaan waar hij stelt dat door vast te houden aan de verjaringstermijn bepaalde slachtoffers op geen enkel moment toegang tot de rechter hebben. Hij concludeert (in 9.8): "Ik ben daarom geneigd te menen dat het, *ongeacht de omstandigheden* (curs. AJV), onverkort vasthouden aan de wettelijke verjaringstermijn zich, in voorkomende gevallen, niet verdraagt met art. 6 EVRM. Zo'n geval doet zich hier voor." Zie ook Dommering-van Rongen, Vrb 2000, p. 51 die in deze zaak het mensenrechtelijke aspect doorslaggevend acht. Zij merkt op dat benadeelden nog wel toegang tot de rechter hadden indien zij bij voorbaat hadden kunnen stuiten. Zij betwijfelt echter of – als dit de enige wijze is om toegang te realiseren – dit de toets van art. 6 EVRM doorstaat. De kritiek van Van Schaick, WPNR 6414 (2000), p. 591-597, dat de redelijkheid en billijkheid een zwak argument zijn om een verjaringstermijn opzij te zetten omdat een verjaringsregeling de redelijke uitkomst van een geschil opoffert aan hogere belangen, is dan ook onjuist. Tegenover elkaar staan niet een individueel belang (redelijke uitkomst van dit concrete geschil) en een algemeen belang (rechtszekerheid), maar twee algemene belangen: het bestaan van het recht op fysieke integriteit (gezondheid) en de rechtszekerheid.

relevante gezichtspunten aan de hand waarvan de feitelijke rechter na verwijzing moest bepalen of de verjaringstermijn in dit concrete geval moest sneuvelen.⁴

Voorts speelt rechtshandhaving een rol bij de bewijslastverdeling. In het kader van beroeps- en werkgeversaansprakelijkheid wordt de bewijslast ten aanzien van het causaal verband of van de normschending namelijk soms bij de aangesproken persoon gelegd omdat anders de materiële norm in de praktijk niet te handhaven zou zijn.⁵ Wat betreft de aanwezigheid van het *conditio sine qua non*-verband geldt dat achteraf nauwelijks meer is vast te stellen wat er zou zijn gebeurd indien bijvoorbeeld de werkgever wel veiligheidsmaatregelen had getroffen. Als de machine wel een beschermkap had gehad, was de werknemer dan niet gewond geraakt? Akkermans schrijft:

“Wie hier de bewijslast krijgt opgedragen is dan ook stevast de sigaar. Wanneer de benadeelde onverkort het bewijs van causaal verband zou moeten leveren, gaat de gedaagde haast per definitie vrijuit. *Daarmee zou het desbetreffende veiligheidsvoorschrift een groot deel van zijn effectiviteit kunnen verliezen* (curs. AJV).”⁶

Een duidelijk voorbeeld is Cijssouw I⁷, waarin de Hoge Raad bepaalde dat het niet strookt met de strekking van art. 1638x (oud) BW (thans art. 7:658 BW) om de werknemer met het bewijsrisico te belasten dat hij het fatale asbestkristal met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid heeft binnengekregen gedurende de periode dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen heeft genomen, terwijl dit wel van hem kon worden verlangd. De strekking van art. 7a:1638x (oud) BW bracht volgens de Hoge Raad daarentegen mee dat de werkgever zich er niet op kon beroepen dat de werknemer, die gedurende de hele periode van zijn dienstverband is blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk heeft binnengekregen in een eerdere periode van zijn dienstverband toen de werkgever van het ontbreken van veiligheidsmaatregelen geen verwijt viel te maken.

2.1.2 Rechtshandhaving in het schadevergoedingsrecht

362 De rechtshandhavingsfunctie manifesteert zich in het kader van het schadevergoedingsrecht afzonderlijk in die gevallen waarin de rechtsinbreuk niet leidt tot vermogensschade of tot objectiveerbaar en dus verifieerbaar leed. Schadevergoeding is dan

4 Als gezichtspunten noemde de Hoge Raad: (a) gaat het om vergoeding van vermogensschade dan wel om nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en — mede in verband daarmee — komt de gevorderde schadevergoeding ten goede aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde?; (b) in hoeverre bestaat voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde?; (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene valt te verwijten; (d) de mate waarin aangesprokene al voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn; (e) in hoeverre heeft de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid zich tegen de vordering te verweren?; (f) is de aangesprokene (nog) door verzekering gedekt?; (g) heeft na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkheidstelling plaatsgevonden en is een vordering tot schadevergoeding ingesteld?

5 Giesen, 1999, p. 70-80 en 139 en, in het algemeen, Giesen, 2001, hoofdstuk XIV, par. 3.1.

6 Akkermans, 1997, p. 402.

7 HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686, nt. PAS.

strikt genomen niet mogelijk, er is immers geen schade. Dit zou er echter toe leiden dat het geschonden recht in het geheel niet zou kunnen worden gehandhaafd. Het probleem is vervolgens dat de niet-handhaving van een recht in wezen neerkomt op de ontkenning van het bestaan van dat recht. Om de beschermingsaanspraak die het privaatrecht creëert serieus te nemen, dient derhalve een reactiemogelijkheid te worden geconstrueerd. Het oog kan dan vallen op de figuur van het smartengeld. De opmerking van Steffen dat smartengeld als "Entlastungsventil für ein unbefriedigtes Rechtsgefühl"⁸ fungeert, komt dicht bij de kern van de zaak. Het rechtsgevoel verordonneert dat het privaatrecht een middel aanreikt waarmee de rechthebbende wiens recht is geschonden, kan reageren. Dit ongearticuleerde gevoel dient echter te worden gecompleteerd door het (logische) inzicht dat een recht – wil het die naam waardig zijn – gehandhaafd moet kunnen worden.

Deze gang van zaken doet zich met name voor bij de schending van persoonlijkheidsrechten. Het smartengeld treedt in de plaats van het geschonden recht en handhaaft dit aldus. Van smartengeld in de eigenlijke zin van het woord is dan uiteraard geen sprake meer. De immateriële schade bestaat niet uit concreet leed (dat is immers in die gevallen niet objectiveerbaar en derhalve niet verifieerbaar), maar uit de (onrechtmatige) rechtsinbreuk als zodanig. Omdat het begrip 'smartengeld' is ingeburgerd zal het in het navolgende ook in deze gevallen worden gebezigd. Uit de context zal steeds duidelijk zijn dat het niet gaat om smartengeld in eigenlijke zin, gebaseerd op de compensatiefunctie, maar om smartengeld in oneigenlijke zin, gefundeerd op de rechtshandhavingsfunctie.

De rechtshandhavingsfunctie zoals die hier is omschreven, vormt, zoals gezegd, geen zuivere tegenstelling met de compensatiefunctie, maar gaat daaraan vooraf. Dit heeft tot gevolg dat beide functies zowel *onafhankelijk* van elkaar als *gezamenlijk* kunnen opereren. Een voorbeeld van het eerste levert de toekenning van smartengeld wegens de schending van persoonlijkheidsrechten. Het gaat om rechtshandhaving en niet om compensatie. Beide functies gaan daarentegen hand in hand in geval van compensatie van aantoonbare schade. Is een zaak vernietigd, dan blijft het eigendomsrecht voortbestaan in de vordering tot schadevergoeding. In die zin handhaaft de vordering tot schadevergoeding het eigendomsrecht. Heeft een benadeelde bijvoorbeeld fysiek letsel opgelopen en heeft hij aldus aantoonbaar pijn geleden, dan kan hem geld ter compensatie van die pijn worden toegekend met als gevolg dat zijn subjectieve recht op fysieke integriteit is gehandhaafd. Beide gevallen hebben gemeen dat door de rechtsinbreuk de benadeelde concreet schade ondervindt, hetzij in de vorm van vermogensschade, hetzij in de vorm van concreet leed. Door compensatie van die vermogensschade of van dat leed worden de geschonden subjectieve rechten tegelijkertijd gehandhaafd. Beide functies versmelten dan.

In het kader van het schadevergoedingsrecht mag rechtshandhaving niet met preventie worden verward. Net als bij de compensatiefunctie gaat de rechtshandhavingsfunctie daaraan logisch vooraf. Dit laat uiteraard onverlet dat van de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving een preventieve werking uitgaat. Deze eventuele preventieve werking is echter slechts een (gewenst) nevenproduct van het ter

8 Steffen, NJW 1997, p. 10.

rechtshandhaving toegekende bedrag.⁹ Dat rechtshandhaving in beginsel losstaat van preventie valt te illustreren met een belangrijke manifestatie van de rechtshandhavingsfunctie, namelijk de revindicatie. Revindicatie is een middel dat de rechthebbende toekomt ter handhaving van zijn recht. In beginsel hoeft hij geen leed of zelfs maar enig belang aan te tonen als voorwaarde voor de toewijzing van zijn vordering.¹⁰ Dat van de mogelijkheid van revindicatie een preventieve werking uitgaat op bijvoorbeeld diefstal of verduistering is wellicht niet ondenkbaar, maar preventie vormt niet de grondslag voor revindicatie.

De parallel met revindicatie kan nog verder worden doorgetrokken. Dat in geval van schending van persoonlijkheidsrechten schadevergoeding is ingezet ter rechtshandhaving valt te verklaren uit het gebrek aan andere middelen.¹¹ Revindicatie ter handhaving van een persoonlijkheidsrecht is vanzelfsprekend onmogelijk. Rectificatie, zoals bij een aantasting van de eer en goede naam, komt enigszins in de buurt maar is qua effect veel minder eenduidig. Niets garandeert immers dat de mensen die kennis hebben genomen van de inbreukmakende publicatie ook de rectificatie onder ogen zullen krijgen. Voor een inbreuk op de privacy geldt in dit verband nog dat rectificatie geen zin heeft. De geopenbaarde feiten zijn waar, alleen hadden ze niet geopenbaard mogen worden. Een — eventueel bij de rechter afgedwongen — vermelding dat de publicatie onrechtmatig was, brengt deze feiten waarschijnlijk alleen maar opnieuw onder de aandacht. Voor rectificaties geldt bovendien dat ze veelal — ten gevolge van de juridische procedure — lange tijd na de oorspronkelijke publicatie worden geplaatst en ook daarom minder effect sorteren.

Natuurlijk is ook een verbod voor de toekomst mogelijk¹², maar als dit het voornaamste handhavingsinstrument zou zijn, heeft dit tot gevolg dat iedereen één keer

9 Of in een concreet geval de toekenning van smartengeld preventieve werking zal hebben hangt onder meer van de hoogte van het toegekende bedrag en van de aard van de aansprakelijke persoon af. Een door rationele winstprincipes geleide onderneming calculeert wellicht meer dan een door passies gedreven natuurlijk persoon.

10 Er gelden slechts de heel algemene grenzen van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW) en van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW).

11 Dit is wellicht mede een gevolg van het feit dat persoonlijkheidsrechten van relatief recente datum zijn. Zij moesten worden ingevoegd in een stelsel dat in de eerste plaats was toegesneden op de handhaving van vermogensrechten. Zie ook hiervoor nr. 358. Het feit dat niet evident is dat de schending van een persoonlijkheidsrecht recht geeft op smartengeld, blijkt uit de Duitse ontwikkeling. In 1954 erkende het BGH het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' om pas later, in 1958, in geval van schending een recht op smartengeld mogelijk te maken. Zie hiervoor nrs. 15 en 19.

12 Hoewel rechters soms opmerkelijk terughoudend zijn zie Hof Amsterdam 11 november 1999, Mediaforum 2000, nr. 3 waarin de vordering van Youp van 't Hek om de VNU op straffe van een dwangsom voor de toekomst te verbieden 'nepinterviews' met hem te publiceren, werd afgewezen. Het oordeel van het Hof is verrassend, omdat Story al eerder een dergelijk gefingeerd interview met Van 't Hek had gepubliceerd naar aanleiding waarvan in twee instanties was geprocedeerd (Rb Haarlem 26 maart 1991, Mediaforum 1991, Bijlage 3, p. 51 en Hof Amsterdam 9 januari 1992, Mediaforum 1992, Bijlage 4, p. 17. Het Hof achtte een verbod voor de toekomst niet noodzakelijk omdat VNU zich blijkens een brief er rekenschap van had gegeven "(...) dat Van 't Hek een te respecteren belang heeft ervan gevrijwaard te blijven dat VNU op onjuiste wijze de indruk wekt dat hij aan publicaties in Story meewerkt. Na het onderhavige, tweede, kort geding over een 'nep-interview' mag verwacht mag (verschrijving van het Hof, AJV) worden dat VNU die onjuiste indruk verder zal vermijden. En tenslotte staan Van 't Hek in voorkomende gevallen voldoende mogelijkheden tot rechtsbescherming ter beschikking."

zonder consequenties inbreuk kan maken op de persoonlijkheidsrechten van een ander. Persoonlijkheidsrechten zouden dus ten opzichte van vermogensrechten in een structureel zwakkere positie komen te verkeren. De enige mogelijkheid om de handhaving van persoonlijkheidsrechten te verbeteren, was door schadevergoeding toe te kennen. Dit is gebeurd in de vorm van smartengeld. Verbazing hoeft dat niet te wekken, aangezien de schending van een persoonlijkheidsrecht veelal niet resulteert in aantoonbare vermogensschade.¹³ Uiteraard kan het smartengeld dienen ter compensatie van niet aantoonbare vermogensschade, maar dit is niet het werkelijke doel. Het doel is rechtshandhaving.

2.1.3 Rechtshandhaving door middel van smartengeld

363 Van de aanwending van smartengeld ter rechtshandhaving zijn verschillende voorbeelden te geven. Art. 1637w (oud) BW kende een recht op smartengeld toe¹⁴ aan een partij bij een arbeidsovereenkomst in geval van schending van een verplichting door de andere partij. Ondanks deze neutrale redactie leek de bedoeling toch vooral te zijn om de werknemer een actie te geven tegen de relatief veel machtiger werkgever. Deze laatste kan zijn belangen veilig stellen door een boetebeding op te nemen, maar de werknemer had (en heeft) die mogelijkheid veelal niet. Een aanspraak op een bepaald bedrag was tegen die achtergrond wenselijk.¹⁵ Het ging niet zozeer om vergoeding van leed, maar om versterking van de relatief zwakkere positie van de werknemer. De vordering tot smartengeld diende met andere woorden ter rechtshandhaving. Het feit dat het hier niet ging om de handhaving van een persoonlijkheidsrecht, doet daar op zichzelf niets aan af.

Nog duidelijker taal spreekt wellicht de toelichting op art. 3 lid 4 van de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (AVV).¹⁶ Op grond van deze bepaling kunnen arbeiders- of werkgeversverenigingen die in strijd handelen met de algemeen verbindendverklaring van een cao worden aangesproken. Opmerkelijk is dat in de Memorie van Toelichting staat:

“(...) wanneer een der partijen bij de individuele arbeidsovereenkomst in strijd met zijn rechtsverplichting handelt, het er niet in de eerste plaats om te doen is hem daarvoor te straffen, maar de wederpartij een vorderingsrecht te geven tot *handhaving harer rechten* (cursivering AJV).”¹⁷

13 Dat is in ieder geval vaak moeilijk te bewijzen. Uitzonderingen daargelaten is bijvoorbeeld nauwelijks aan te tonen dat de carrière van iemand wiens reputatie is aangetast een ongunstiger verloop heeft genomen dan anders het geval zou zijn geweest.

14 En wellicht ook een recht op vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade, zie Bles II, 1908, p. 366-367.

15 Bles II, 1908, p. 359 en 366.

16 Dit artikel luidt als volgt: “De in het tweede lid bedoelde verenigingen kunnen van werkgevers of arbeiders, die in strijd handelen met verbindend verklaarde bepalingen, vergoeding vorderen van de schade die zij of hare leden daardoor lijden. Voor zover de schade in ander nadeel dan vermogensschade bestaat, zal als vergoeding een naar billijkheid te bepalen bedrag verschuldigd zijn.”

17 TK 1936/37, 274, nr. 3, p. 5.

Soortgelijke bepalingen zijn te vinden in art. 10 van de Wet op de ondernemersovereenkomsten (WOO) en in art. 16 van de Wet op de cao (WCAO). Ten onrechte wordt in de literatuur wel aangenomen dat het hier om een boete gaat.¹⁸ Het doel is rechtshandhaving.

Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft een verband gelegd tussen vergoeding van immateriële schade en rechtshandhaving. In *Comingersoll/Portugal*¹⁹ stelde de eiser (een rechtspersoon) dat de lengte van de civiele procedure (meer dan zeventien jaar) in strijd kwam met art. 6 EVRM en vorderde vergoeding van immateriële schade op grond van art. 41 EVRM. Het feit dat de eiser geen natuurlijk persoon was maar een (commerciële) rechtspersoon, stond volgens het EHRM (rov. 35) niet in de weg aan toewijzing van de vordering:

“The Court reiterates that the Convention must be interpreted and applied in such a way as to guarantee rights that are practical and effective. Accordingly, since the principal form of redress which the Court may order is pecuniary compensation, it must necessarily be empowered, if the right guaranteed by Article 6 of the Convention is to be effective, to award pecuniary compensation for non-pecuniary damage to commercial companies, too.”

Samengevat: het EHRM achtte vergoeding van immateriële schade op zijn plaats met het oog op de praktische en effectieve bescherming van de rechten uit het EVRM. Dit is niets anders dan rechtshandhaving in de hier begrepen zin. Het EHRM leek bijzonder gewicht toe te kennen aan het feit dat het slechts door toewijzing van een geldbedrag op een schending kan reageren. De Nederlandse rechter heeft formeel uiteraard meer mogelijkheden, maar ook dan geldt dat niet elk van die mogelijkheden effectief is.

Bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld in bovengenoemde zaak kende het EHRM gewicht toe aan een aantal (niet limitatieve) omstandigheden: de reputatie van de onderneming, onzekerheid met betrekking tot besluitvorming, ontwrichting van het management en tenslotte in mindere mate (“to a lesser degree”) “the anxiety and inconvenience caused to the members of the management team”. Opvallend is dat in een ‘concurring opinion’ vier rechters van mening waren dat deze laatste omstandigheid niet meegewogen dient te worden. Natuurlijke personen worden zelfstandig beschermd. Sommige bepalingen van het EVRM zijn niet van toepassing op rechtspersonen, maar het merendeel wel en er is geen reden waarom het EHRM in kwesties van compensatie van die lijn moet afwijken. Zij keerden zich dus tegen de laatste factor omdat meeweging daarvan ten onrechte de indruk zou wekken dat rechtspersonen slechts recht op vergoeding van immateriële schade hebben indien natuurlijke personen ‘anxiety’ en ‘inconvenience’ hebben ondervonden.

Ook het EG-recht levert een voorbeeld van de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving. In een uitspraak van 12 december 2000 heeft het Gerecht van Eerste Aanleg de Europese Investeringsbank (EIB) veroordeeld tot betaling van 25.000 euro

18 Vgl. Olbers, SMA 1988, p. 216-217; idem Arbeidsovereenkomst, Wet CAO (losbladig), art. 16, aant. 2 met verwijzingen en Lindenbergh, 1998, p. 121.

19 EHRM 6 april 2000, NJ 2000, 612.

aan smartengeld wegens niet-uitvoering van een arrest van het Gerecht waardoor de EIB art. 233 EG had geschonden.²⁰ Niet de ernst van het leed van benadeelde (een ontslagen werknemer van de EIB) lijkt redengevend voor deze beslissing. Zij lijkt vooral gebaseerd op het enkele feit van de niet-nakoming van de verplichting van art. 233 EG tot uitvoering van een arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg. De toekenning van smartengeld is hier vooral bedoeld om adequaat te kunnen reageren op niet-nakoming van verdragsverplichtingen.

Uit bovenstaande (in nrs. 362 en 363 genoemde) illustraties moge blijken dat de rechtshandhavingsfunctie zich binnen en buiten het schadevergoedingsrecht manifesteert. Verder valt nog op te merken dat de aanwending van smartengeld ter rechtshandhaving niet in strijd komt met de letter van de wet. Art. 6:106 BW spreekt niet van 'smart', maar van 'nadeel dat niet in vermogensschade bestaat'. Deze bepaling schrijft niet voor dat de rechter slechts een vergoeding wegens ander nadeel kan toekennen, indien vaststaat dat de benadeelde leed heeft ondervonden. Weliswaar staat in de aanhef van art. 6:106 BW dat de benadeelde recht heeft op 'een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding', maar het woord 'schadevergoeding' is vooral om wetstechnische redenen gebruikt.²¹ Kennelijk was het de bedoeling om buiten twijfel te stellen dat de bepalingen van afd. 6.1.10 op de vordering tot smartengeld van toepassing zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt voldoende dat men zich ervan bewust was dat de aanspraak op smartengeld geen schadevergoeding in de gebruikelijke zin van het woord is.²² Dat smartengeld soms in werkelijkheid nog verder afstaat van schadevergoeding dan men al dacht, onderstreept de onnauwkeurigheid van het woord 'schadevergoeding' nog eens extra. Het gevoel dat smartengeld geen schadevergoeding is, is nu geconcretiseerd tot het inzicht dat het gaat om rechtshandhaving.

2.1.4 Voordelen van de rechtshandhavingsfunctie

364 De rechtshandhavingsfunctie zoals hierboven uiteengezet, levert het gewenste theoretische fundament voor vergoeding van immateriële schade. Zij kent namelijk niet de drie in het vorige hoofdstuk geformuleerde bezwaren tegen de compensatiefunctie.²³

Het *eerste bezwaar* luidde dat de compensatiefunctie niet verklaart dat bij schending van vermogensrechten geen en bij schending van persoonlijkheidsrechten wel een recht op smartengeld bestaat. Door middel van de rechtshandhavingsfunctie valt dit goed te verklaren. Vermogensrechten worden in beginsel al gehandhaafd doordat bij schending een recht op vergoeding van vermogensschade bestaat. Vergoeding van immateriële schade ter rechtshandhaving is dan niet nodig.

Het *tweede bezwaar* hield in dat het leed in een belangrijk aantal gevallen, te weten bij schending van persoonlijkheidsrechten, door enkel tijdsverloop teniet gaat en dat er dus geen schade is die gecompenseerd dient te worden. De rechtshandhavingsfunctie verschaft het inzicht dat het bij de schending van persoonlijkheidsrechten niet gaat

²⁰ Gerecht van Eerste Aanleg 12 december 2000, SEW 2001/1, Jur. EG p. 4.

²¹ PG Boek 6, p. 377 noot 1.

²² Bijvoorbeeld PG Boek 6, p. 377.

²³ Nr. 357.

om de compensatie van leed, maar om rechtshandhaving. Ook dit bezwaar wordt aldus ondervangen.

Het *derde bezwaar* tegen de compensatiefunctie bestond uit het feit dat de benadeelde bij schending van persoonlijkheidsrechten geen objectiveerbaar en derhalve geen verifieerbaar leed ondervindt. Er wordt derhalve smartengeld toegekend, terwijl het bestaan van smart (leed) niet te achterhalen is. Van compensatie in de gebruikelijke zin van het woord is dan ook geen sprake. Net als het tweede bezwaar wordt dit probleem uit de weg geruimd door de rechtshandhavingsfunctie. Deze kan verklaren dat smartengeld wordt toegekend, terwijl er geen leed aantoonbaar is. Andere voordelen van de rechtshandhavingsfunctie worden aan het einde van dit boek toegelicht in nr. 419.

2.2 Rechtshandhaving en het onderscheid tussen vermogensschade en immateriële schade

365 Rechtshandhaving gaat, zo bleek in nr. 361, logisch vooraf aan schadevergoeding. Niet iedere vorm van rechtshandhaving is schadevergoeding, maar alle schadevergoeding is wel (mede) rechtshandhaving. Wat betreft de inzet van het recht op smartengeld ter handhaving van persoonlijkheidsrechten, rijst de volgende vraag. Waarom worden persoonlijkheidsrechten niet gehandhaafd door middel van een vordering tot vergoeding van vermogensschade? Het antwoord dat vermogensschade moeilijk aantoonbaar is in bijvoorbeeld het geval van een inbreuk op de privacy, overtuigt niet geheel. De rechter kan de vermogensschade immers ex aequo et bono begroten. Weliswaar zou toekenning van vermogensschade bij gebrek aan bewijs van daadwerkelijke vermogensschade neerkomen op een fictie, maar ook de toekenning van smartengeld berust op een fictie zo is hierboven betoogd.²⁴ De vraag is vervolgens waarom in alle onderzochte rechtsstelsels de voorkeur is gegeven aan de fictie van compensatie van leed boven de fictie van vergoeding van vermogensschade.

Een antwoord hierop is zonder historisch onderzoek niet goed te geven. Thans heeft de Nederlandse rechter op grond van art. 6:97 BW de bevoegdheid om de schade te schatten indien zij niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, maar de bevoegdheid om ex aequo et bono schadevergoeding toe te kennen is al oud.²⁵ De reden dat desalniettemin vergoeding van immateriële schade is ingezet ter rechtshandhaving is daarom niet direct duidelijk. Kennelijk maakte de rechter in de periode van het ontstaan van persoonlijkheidsrechten, de negentiende eeuw dus, van zijn bevoegdheden een dusdanig terughoudend gebruik dat aanvullende rechtshandhaving via de band van vergoeding van immateriële schade wenselijk was. Dit is echter niet meer dan een hypothese aangezien een duidelijke lijn niet valt te ontdekken.²⁶

Er zijn uitspraken die lijken te indiceren dat de rechter terughoudend was met de vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade. Een voorbeeld is een zaak uit

²⁴ Zie nr. 359.

²⁵ Vgl. HR 2 januari 1874, W. 3681; HR 27 december 1878, W. 4332; HR 23 maart 1933, NJ 1933, p. 888, nt. PS.

²⁶ Nader onderzoek is derhalve gewenst.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

1841²⁷ waarin Jacobowitz schadevergoeding van Majer vorderde, omdat de laatste in een advertentie had vermeld dat de 'pelterijen' die de eerste had geleverd aan de koningin niet van hermelijn, maar van wezelbont waren. De Rechtbank — die de vordering overigens ook op andere gronden afwees — overwoog ten aanzien van de schade nog ten overvloede dat de eisers hadden moeten aantonen dat zij in hun beroep of krediet benadeeld waren en dat dit nadeel het onmiddellijk gevolg was van de advertentie. Dit bewijs is niet geleverd en daarom zijn eisers niet ontvankelijk.²⁸ Dat de rechter in de negentiende eeuw terughoudend gebruik maakte van de bevoegdheid om vermogensschade ex aequo et bono te schatten, lijkt te ook te kunnen worden afgeleid uit het feit dat de Hoge Raad in 1881 een recht op smartengeld erkende in geval van aantasting van de eer en goede naam met de volgende motivering²⁹:

"O. daaromtrent, dat de woorden van art. 1408 niet beperkt zijn tot stoffelijke schade, maar integendeel onder het nadeel, in eer en goeden naam geleden, niet anders dan moreel nadeel kan worden verstaan; (...) dat eindelijk alleen bij deze opvatting een behoorlijk verband bewaard wordt tusschen de artt. 1408 en 1409, omdat stoffelijke schade, door laster geleden, in den regel, gelijk ook hier, onbewijsbaar is, en men dus gewoonlijk geen hoofdvordering zoude overhouden, waaraan de bijkomende vordering van art. 1409 zich kan aansluiten; (...)".

De reden om aan te nemen dat er een recht op vergoeding van 'moreel nadeel' bestaat wegens aantasting in eer en goede naam, is volgens de Hoge Raad gelegen in de omstandigheid dat 'stoffelijke schade' in de regel onbewijsbaar is. Het gevolg zou anders namelijk zijn dat de benadeelde geen hoofdvordering heeft (op grond van art. 1408 (oud) BW) en derhalve niet (als bijvordering ex art. 1409 (oud) BW) kan vorderen dat het vonnis waarin de daad als lasterlijk wordt bestempeld openbaar wordt gemaakt. De Hoge Raad gaat er kennelijk vanuit dat de rechter niet kan aannemen dat iemand die in zijn eer en goede naam is aangetast moeilijk aantoonbare vermogensschade heeft geleden welke ex aequo et bono valt te schatten.

Andere bronnen lijken eveneens te bevestigen dat rechters terughoudendheid waren ten aanzien van vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade en dat men via de figuur van vergoeding van immateriële schade poogde de benadeelde toch recht te geven op schadevergoeding. Drucker schreef in 1889 dat uitbreiding van de mogelijkheden tot vergoeding van immateriële schade mede wenselijk was, omdat aldus moeilijk aantoonbare vermogensschade kon worden vergoed.³⁰

Interessant in dit verband is ook de discussie die bij de parlementaire behandeling van art. 1637w (oud) BW werd gevoerd. Dit artikel luidde (in ontwerp):

27 Rb Amsterdam 17 mei 1841, W. 189.

28 Zie ook Rb 's-Gravenhage 9 november (jaar niet vermeld), W. 137 en Prov. Gerechtshof Vriesland 3 maart 1841, W. 215. Zie echter Rb Tiel 22 mei 1857, W. 1858 die bepaalde dat ook morele schade voor vergoeding in aanmerking kwam.

29 HR 13 mei 1881, W. 3638.

30 Zie Drucker, RM 1889, p. 399.

“Indien een der partijen opzettelijk of door schuld in strijd heeft gehandeld met een harer verplichtingen en de dientengevolge door de wederpartij geleden schade niet op geld waardeerbaar is, zal de rechter naar billijkheid een som gelds als schadevergoeding vaststellen.”

Het Kamerlid Van den Bergh wilde voor de woorden ‘niet op geld waardeerbaar’ invoegen ‘niet voor berekening vatbaar of’. Het doel hiervan was ook niet aantoonbare vermogensschade voor vergoeding in aanmerking te laten komen. Uiteindelijk trok hij het amendement in omdat Drucker suggereerde dat ook moeilijk aantoonbare vermogensschade op grond van dit artikel kon worden vergoed en een eventuele verwerping van het amendement rechters ertoe zou kunnen verleiden moeilijk aantoonbare vermogensschade niet te vergoeden.³¹

Uit deze discussie valt op te maken dat vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade en vergoeding van immateriële schade bij de totstandkoming van de wet op de arbeidsovereenkomst in het begin van de twintigste eeuw dicht bij elkaar lagen. In plaats van de verschillen tussen beide soorten schade zwaar aan te zetten, lijkt destijds meer aandacht te hebben bestaan voor het feit dat ook moeilijk aantoonbare vermogensschade zich niet laat vaststellen en in dat opzicht vergelijkbaar is met immateriële schade. Hoewel de terminologie van art. 1637w (oud) BW wees op vergoeding van immateriële schade, wilde men bij de parlementaire behandeling vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade niet uitsluiten. Art. 3 lid 4 AVV, art. 16 WCAO en art. 10 WOO lijken van een soortgelijke benadering uit te gaan (zie hiervoor nr. 363).

De keuze voor de toekenning van smartengeld als methode van rechtshandhaving, valt op het eerste gezicht dus te verklaren uit de terughoudendheid ten aanzien van vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade. Een volgende vraag is of naar geldend recht rechtshandhaving niet toch te realiseren is door middel van vergoeding van vermogensschade. Art. 6:97 BW lijkt de rechter voldoende mogelijkheden daartoe te bieden. Met de parlementaire geschiedenis in de hand is te verdedigen dat dit niet de bedoeling is. Tijdens de parlementaire behandeling van het huidige art. 6:106 BW werd namelijk gezegd dat vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade een nevenfunctie van smartengeld is.³² Aan de andere kant kan worden opgemerkt dat het de vraag is of aan een zo terloopse opmerking zoveel gewicht moet worden toegekend, mede gezien de kritiek op deze functie van smartengeld in de Nederlandse literatuur.³³

Het lijkt er niet op dat de rechter bewust worstelt met de keuze tussen twee routes om de persoonlijkheid te beschermen. In een tweetal arresten van de Hoge Raad is echter een zekere spanning waarneembaar tussen vergoeding van vermogensschade en vergoeding van immateriële schade. Ik doel op de uitspraken inzake Johanna Kruithof³⁴ en (de ouders van) baby Joost.³⁵ In de Kruithof-zaak was een elfjarig meis-

31 Zie voor dit alles Bles II, 1908, p. 358-360 en 366-367.

32 Zie PG Boek 6, p. 382 en 388 en hiervoor nrs. 336 en 341.

33 Zie hiervoor nr. 341.

34 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB.

35 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB, zie hiervoor nr. 174.

je ernstig gewond geraakt tijdens het theezetten op school. Haar T-shirt vatte vlam en ze had brandwonden over 23% van haar lichaam (waarvan 19,5% derdegraads). Zijzelf ontving schadevergoeding, maar ook haar ouders stelden een vordering pro se in. Zij vorderden compensatie voor twee posten vermogensschade. In de eerste plaats vorderden zij vergoeding van de in totaal 1386 uur die ze na werktijd hadden besteed aan de zorg voor hun dochter. De kosten van professionele verzorging zouden f 20.520,- zijn geweest. In de tweede plaats vorderden ze compensatie voor het verlies van 74 vakantiedagen die waren opgegaan aan het bezoek van hun dochter in het ziekenhuis. Elke dag kostte f 221,-. Het oude recht was nog op deze zaak van toepassing en de ouders baseerden hun vorderingen op de voorloper van het huidige art. 6:107 BW, te weten art. 1407 (oud) BW. De Hoge Raad besliste dat de ouders vergoeding konden krijgen voor de uren die zij na werktijd hadden besteed aan de verzorging van Johanna. Hij overwoog dat de aansprakelijke verplicht is het slachtoffer in staat te stellen zich te voorzien van eventuele verpleging en verzorging thuis. Indien de ouders op redelijke gronden zelf hun kind verzorgen in plaats van professionele hulp in te schakelen, voldoen zij in natura aan een verplichting die primair rust op de aansprakelijke. De redelijkheid brengt vervolgens mee dat de rechter bij beantwoording van de vraag of het kind vermogensschade heeft geleden dient te abstraheren van de omstandigheden dat geen kosten voor professionele hulp zijn gemaakt, dat de ouders jegens hun kind geen aanspraak op vergoeding hebben en dat zij geen inkomsten hebben gederfd door de verzorging van hun kind. De rechter mag niet meer toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp. De verloren gegane vakantiedagen waren daarentegen niet vergoedbaar. Als reden daarvoor gaf de Hoge Raad dat het onwaarschijnlijk was dat de ouders iemand zouden inhuren om hun dochter in het ziekenhuis te bezoeken. Of verloren gegane vakantiedagen op basis van het huidige art. 6:107 BW wel voor vergoeding in aanmerking komen, is omstreden.³⁶

In de baby Joost-zaak was een baby ten gevolge van een medische fout permanent en ernstig zowel geestelijk als lichamelijk gehandicapt geraakt.³⁷ De baby (Joost) was ernstig spastisch, kon niet zitten, lopen of staan. Hij behoefde volledige lichamelijke verzorging. Er was geen externe hulp voor de verzorging. De vader zorgde voor Joost en de overige drie kinderen van het gezin; de moeder was kostwinner. De ouders vorderden pro se vergoeding van immateriële schade.³⁸ Deze vordering betrof meer dan vergoeding van affectieschade alleen. De ouders stelden namelijk dat hun gezinsleven ernstig ontregeld is door de ernstige handicap van hun zoontje. Diens verzorging hield een zware psychische en fysieke belasting in waardoor de ouders levensvreugde derven en ernstig beperkt werden in de invulling van hun persoonlijk leven. Zij deden hun vordering onder meer steunen op art. 8 EVRM. Het Hof wees de

36 Joustra, Bb 1999, p. 201; Van Boom, A&V 1999, p. 90 en 92 achten vergoeding van verlorengedane vakantiedagen thans wel mogelijk, Wachter en Bouman, NbBW 1999, p. 118; Kortmann, AA 1999, p. 656 en annotator Bloembergen in zijn NJ-annotatie van dit arrest zijn van mening dat vergoeding thans niet mogelijk is.

37 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB, zie hiervoor nr. 174.

38 De (im)materiële schade van Joost is al vergoed.

vordering van de ouders af en de Hoge Raad liet dit arrest zonder nadere motivering in stand.

In beide zaken bestaat het nadeel van de ouders in essentie uit een inbreuk op hun privacy. Preciezer geformuleerd: op hun zelfbeschikking ten aanzien van de persoonlijke levenssfeer. Men kan met A-G Spier in het Kruithof-arrest ook zeggen dat het in beide gevallen gaat om vergoeding van verloren vrije tijd, maar dit is niet meer dan een andere formulering voor hetzelfde belang.³⁹ Het gaat om schending van de bevoegdheid de eigen tijd naar eigen inzichten in te delen. Opvallend is dat de ouders van Johanna Kruithof, die naar verhouding het minst zwaar zijn getroffen (Johanna is niet permanent hulpbehoevend), recht hebben op schadevergoeding, terwijl de ouders van Joost, die plotseling de zorg hebben voor een permanent invalide kind, geen schadevergoeding krijgen.

De spanning die zich in beide zaken manifesteert tussen vergoeding van vermogensschade en vergoeding van immateriële schade bestaat daaruit dat vergoeding van vermogensschade en vergoeding van immateriële schade min of meer uitwisselbaar schijnen. Een eerste aanwijzing hiervoor bevat de conclusie van A-G Langemeijer in de baby Joost-zaak. Hij stelt met verwijzing naar het Kruithof-arrest dat door de vergoeding van vermogensschade deels tegemoet is gekomen aan de in de maatschappij gevoelde behoefte om ouders van ernstige gewonde kinderen als rechtstreekse slachtoffers te zien. De gedachte lijkt dat, nu vermogensschade onder bepaalde omstandigheden wordt vergoed, toekenning van smartengeld minder noodzakelijk is.⁴⁰ Anders geformuleerd: het recht van de ouders (privacy, recht op zelfbeschikking ten aanzien van de inrichting van het persoonlijk leven) wordt al gehandhaafd, namelijk door vergoeding van (abstract berekende) vermogensschade.

Dat de grens tussen vermogensschade en immateriële schade allerm minst helder is, blijkt nog duidelijker uit het Kruithof-arrest. In de eerste plaats is sprake van abstracte berekening van schade. De ouders hebben geen kosten gemaakt voor professionele hulp ten behoeve van hun dochter. Het gaat dus geenszins om vergoeding van 'keiharde' vermogensschade. Voorts verschaft de mooie conclusie van A-G Spier een aantal interessante inzichten betreffende de aard van de schade. Om te bepalen of de ouders van Johanna Kruithof recht hebben op schadevergoeding kiest hij voor een algemene redelijkheidsmaatstaf en noemt hij vervolgens een aantal factoren aan de hand waarvan de rechter kan bepalen of er in concreto reden is om vergoeding voor abstract berekende schade toe te kennen.⁴¹ De vraag of het in deze zaak om vergoeding van vermogensschade dan wel om vergoeding van immateriële schade gaat, laat hij in wezen in het midden. Hij haalt met instemming de Duitse schrijver Lange⁴² aan die stelt dat de grenzen tussen vermogensschade en immateriële schade niet vastliggen.⁴³ Spier stelt vervolgens dat men moet bedenken dat schade een juridisch en normatief begrip is. Hij schrijft: "Dogmatische hoogstandjes zijn slechts nuttig indien en voorzover zij geen belemmering vormen om wenselijk geachte resultaten te be-

39 Conclusie nr. 3.11 voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB.

40 Conclusie nr. 2.27 voor HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB.

41 Conclusie nrs. 3.28.3 en 3.33 voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB.

42 Lange, 1990, p. 57.

43 Conclusie nr. 4.5 voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB.

werkstelligen.”⁴⁴ Hij⁴⁵ haalt de Engelse Law Commission aan die overwoog: “Law is an artefact and, if social justice requires that there should be a remedy given for a wrong, then logic should not stand in the way.”⁴⁶ De conclusie van Spier is vooral een rechtspolitieke exercitie en geen voorbeeld van schadeberekening in de normale betekenis van dat woord. Wat eruit blijkt is dat de verschillen tussen vergoeding van vermogensschade en vergoeding van immateriële schade hier buitengewoon dun zijn. Het maakt immers niet veel uit of men op basis van de billijkheid overgaat tot abstracte ‘schadeberekening’ of dat men op basis van diezelfde billijkheid immateriële schade toekent.

De Hoge Raad lijkt minder moeite te hebben met abstracte vergoeding van vermogensschade ter rechtshandhaving dan met vergoeding van immateriële schade ter rechtshandhaving. Mogelijk vindt de Hoge Raad vergoeding van abstract berekende vermogensschade minder ‘eng’ dan toekenning van smartengeld in een geval dat dicht tegen vergoeding van affectieschade ligt, maar daar wel van is te onderscheiden.⁴⁷ Vergoeding van immateriële schade riekt voorts naar Amerikaanse toestanden en commercialisering van zaken die niet gecommmercialiseerd zouden mogen worden. Interessant is in dit verband wat de Duitse auteur Gottwald schrijft over de ‘Herrenreiter’-beslissing van het BGH.⁴⁸ In deze zaak vorderde een bierbrouwer smartengeld omdat zijn portret zonder zijn toestemming was gebruikt in een reclamecampagne voor een seksueel pepmiddel. Het BGH besliste dat sprake was van een schending van het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ en dat dit recht gaf op vergoeding van immateriële schade. Het BGH had natuurlijk ook kunnen kiezen voor vergoeding van vermogensschade door te beslissen dat de benadeelde recht had op vergoeding van het geldbedrag dat hij had kunnen vragen indien hem wel om toestemming was gevraagd. De reden dat het BGH het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ handhaaft door middel van vergoeding van immateriële schade en niet via vergoeding van vermogensschade is volgens Gottwald de volgende. Indien slechts een recht op vergoeding van vermogensschade zou bestaan, zou het BGH de indruk wekken dat het de persoonlijkheid als een commercieel goed ziet dat kan worden uitgebaat. Om deze indruk te vermijden, heeft het gekozen voor handhaving van het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ door middel van vergoeding van immateriële schade.⁴⁹

Aan de hand van het bovenstaande is verdedigbaar dat door middel van abstracte schadeberekening het recht op privacy wordt gehandhaafd. Voor een afzonderlijke toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving bestaat daarnaast dan geen ruimte meer.⁵⁰ De vraag rijst op welke wijze rechtshandhaving het beste kan plaatsvinden:

44 Conclusie nr. 4.4 voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB.

45 Conclusie nr. 4.6 voor HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB.

46 Law Commission, Report no. 60, p. 34 (1974).

47 Zie hiervoor nr. 174.

48 BGHZ 26, 349 (14-2-1958), zie hiervoor nr. 19.

49 Gottwald, 1996, p. 235-236 en 239.

50 Men kan zich overigens afvragen of het met het oog op rechtshandhaving niet wenselijk was geweest als in de Kruithof-zaak ook de opgenomen vakantiedagen waren vergoed. Dit klemte te meer omdat gederfde inkomsten wel voor vergoeding in aanmerking komen als een moeder die ongewenst zwanger is geworden ervoor kiest om geen baan te zoeken maar haar (gezonde) kind (de eerste tijd) zelf op te voeden (HR 21 februari 1997, NJ 1997, 145, nt. CJHB). Zie hiervoor nr. 182.

via de 'smartengeldroute' of langs de weg van art. 6:97 BW? Mijns inziens zijn noch aan de ene noch aan de andere methode duidelijke voordelen verbonden. De rechter heeft zowel op grond van art. 6:106 BW als op grond van art. 6:97 BW een grote mate van beleidsvrijheid.⁵¹ Uiteindelijk gaat het slechts om een min of meer arbitraire indelingskwestie. Met het oog op de overzichtelijkheid is het wel zaak voor één van beide methodes te kiezen. Mijn voorkeur gaat uit naar de aanwending van de figuur van immateriële schade ter rechtshandhaving. De handhaving van persoonlijkheidsrechten heeft immers zowel in Nederland als in het buitenland op deze wijze gestalte gekregen. Breken met deze traditie zou slechts verwarring opleveren.

Belangrijker dan de keuze voor de ene of de andere methode is de bepaling van de gevallen waarin op grond van rechtshandhavingsfunctie een recht op schadevergoeding bestaat. Deze kwestie komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. In het vervolg van dit hoofdstuk wordt de plaats van de rechtshandhavingsfunctie nader bepaald.

2.3 Rechtshandhaving en smartengeld in de onderzochte rechtsstelsels

366 Bij vergoeding van immateriële schade wegens schending van persoonlijkheidsrechten gaat het niet om smartengeld in eigenlijke zin, maar om rechtshandhaving, zo is in de vorige paragraaf betoogd. De figuur van immateriële schade wordt gebruikt om bepaalde rechten van een verdedigingsmechanisme te voorzien. Het gaat dus niet om schadevergoeding in de eigenlijke zin van het woord. Hoewel dit niet zo wordt benoemd, zijn in de buitenlandse jurisprudentie al voorbeelden van rechtshandhaving te vinden.

In Duitsland heeft het BGH er al vroegtijdig blijk van gegeven dat het *bestaan* van een recht op smartengeld wegens inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' de 'Rechtsschutz' beoogt te dienen. In de Herrenreiter-zaak – de zaak waarin het BGH besliste dat inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' recht geeft op smartengeld – overwoog het BGH dat:

“(…) ein Schutz der ‘inneren Freiheit’ ohne das Recht auf Ersatz auch immaterieller Schaden weitgehend *unwirksam* (cursief AJV) wäre (...)”⁵²

51 Art. 6:97 BW geeft de rechter een grote vrijheid met betrekking tot de vaststelling van de hoogte van de schade, maar ook ten aanzien van de vragen of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld en welke maatstaven daarbij moeten worden gehanteerd. In dat opzicht gelden de gewone regels inzake stel-, bewijs- en motiveringsplicht niet, zie Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 416. De beleidsvrijheid die de rechter op basis van art. 6:106 BW heeft, komt met name tot uitdrukking in het feit dat de hoogte van het smartengeld naar billijkheid bepaald dient te worden. De rechter kan op grond van de billijkheid het smartengeld op nul vaststellen, zie HR 27 april 2001, RvdW 2001, 95.

52 BGHZ 26, 349, 356 (14-2-1958), zie hiervoor nr. 19.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

In Ginseng-Wurzeln⁵³ heette het:

“Die Ausschaltung des immateriellen Schadensersatzes im Persönlichkeitsschutz würde bedeuten, daß Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben (cursief AJV), in der zum Ausdruck kommt, daß wesentliche Werte gestört sind und daß der Verletzer dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schuldet. Die Rechtsordnung würde dann auf das wirksamste und oft einzige Mittel verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des einzelnen zu sichern. (cursief AJV) (...)”

In weer een andere zaak bepaalde het BGH:

“Dabei ist der besonderen Funktion der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen Rechnung zu tragen, die sowohl in einer Genugtuung des Verletzten für den erlittenen widerrechtlichen Eingriff besteht (...) als auch, und zwar in erster Linie, ihre sachliche Berechtigung in dem Gedanken findet, daß das Persönlichkeitsrecht gegenüber erheblichen Beeinträchtigungen anderenfalls ohne ausreichenden Schutz bliebe (cursief AJV) (...)”⁵⁴

Samengevat houden al deze overwegingen in, dat zonder de mogelijkheid smartengeld toe te kennen de aantasting van de menselijke waardigheid zonder sanctie zou blijven. Zonder toekenning van een recht op smartengeld zou de rechtsorde afzien van het meest effectieve en vaak enige middel dat in staat is het individu te beschermen. Mijns inziens komen deze overwegingen van het BGH er in wezen op neer dat zonder een recht op smartengeld de persoonlijkheidsrechten niet kunnen worden gehandhaafd. In ieder geval staat bescherming daarvan en niet de compensatie van leed centraal. Dat het BGH bij vergoeding van immateriële schade wegens de inbreuk op het ‘algemeene Persönlichkeitsrecht’ de genoegdoeningsfunctie naar voren heeft geschoven⁵⁵, doet daar niets aan af.

In Caroline I⁵⁶ formuleert het BGH het overigens nog duidelijker:

“Bei einer Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt es sich im eigentlichen Sinn nicht um ein Schmerzensgeld nach § 847 BGB, sondern um einen Rechtsbehelf, der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG zurückgeht (...)”

Met andere woorden: smartengeld wegens een inbreuk op het ‘algemeene Persönlichkeitsrecht’ is geen smartengeld in de eigenlijke zin van het woord, maar een juridische noodoplossing (‘Rechtsbehelf’) die gebaseerd is op de waarde die de Duitse grondwet aan de menselijke persoonlijkheid toekent. Het BGH maakt hier dus een duidelijk onderscheid tussen smartengeld in eigenlijke zin op grond van par. 847 BGB enerzijds

53 BGHZ 35, 363 (19-9-1961), zie hiervoor nr. 19.

54 BGH 22-1-1985, NJW 1985, 1619.

55 Zie hiervoor nrs. 20 en 323-332.

56 BGHZ 128, 1 (15-11-1994). Zie over deze uitspraak ook hiervoor nrs. 232 en 331.

en oneigenlijk smartengeld wegens een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' anderzijds.⁵⁷

Het BGH merkt vervolgens op dat zonder de aanspraak op smartengeld de "(...) Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde." Het BGH zegt hier mijns inziens in wezen dat zonder een recht op smartengeld het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' niet te handhaven zou zijn. Dit komt praktisch overeen met het begrip rechtshandhaving in de betekenis die ik daaraan toeken.

In Frankrijk is het Cour de cassation wellicht minder expliciet dan zijn Duitse collega, maar de tendens om smartengeld bij de schending van persoonlijkheidsrechten los te koppelen van de aanwezigheid van leed is niet minder duidelijk aanwezig. In de Voici-zaak⁵⁸ liet het Cour de cassation namelijk de uitspraak van een lagere rechter in stand waarin FF 80.000 smartengeld werd toegekend wegens de enkele inbreuk op het recht op privacy. Weliswaar zegt het Cour de cassation niet met zoveel woorden dat het wegens een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht toegekende smartengeld geen smartengeld in de eigenlijke zin van het woord is, maar daar lijkt deze jurisprudentie toch op neer te komen. Schade in de gebruikelijke zin van het woord lijkt als voorwaarde voor de toekenning van schadevergoeding (smartengeld) namelijk opzij te worden gezet.

De meeste Franse schrijvers hebben aan het aldus toegekende smartengeld een punitief karakter toegedicht.⁵⁹ Alleen Hauser en Le Tourneau en Cadiet volgen een andere redenering.⁶⁰ De eerste maakt een vergelijking tussen de bescherming van eigendomsrechten en de bescherming van persoonlijkheidsrechten. Tegen onrechtmatige toe-eigening van de eerste categorie van rechten kan men optreden zonder schade aan te tonen, maar bij een inbreuk op de tweede categorie van rechten is de aanwezigheid van schade traditioneel wel vereist. Door schade toe te kennen wegens de enkele inbreuk op een persoonlijkheidsrecht heeft het Cour de cassation volgens hem de bescherming van beide categorieën rechten gelijk getrokken. Le Tourneau en Cadiet verklaren deze jurisprudentie vanuit de noodzaak een einde te maken aan een illegale situatie. Schade is daarvoor geen vereiste. Zij lijken de toekenning van smartengeld niet primair als schadevergoeding te zien, maar meer als reactie op een rechtsinbreuk welke zonder een recht op smartengeld onbeantwoord zou zijn gebleven. In mijn terminologie wordt de figuur van smartengeld hier niet ingezet om concreet leed te compenseren (dit is immers niet objectiveerbaar en derhalve niet verifieerbaar), maar ter handhaving van het geschonden persoonlijkheidsrecht. Zonder het recht op smartengeld (in oneigenlijke zin) zou het recht op privacy in veel gevallen niet te handhaven zijn en zo van alle betekenis ontbloot worden.

In Engeland komen de 'torts actionable per se' in de buurt van rechtshandhaving in de hier bedoelde zin. Schade is in die gevallen geen vereiste voor een onrechtmati-

57 Of deze scheiding pas sinds Caroline I een feit is of dat daarvan al eerder sprake was, is overigens omstreden, zie Löwe, 2000, p. 192.

58 Civ. 1^o, 5-11-1996, JCP 1997, 22805, note Ravanais. Deze zaak betrof een inbreuk op het recht van privacy van (het verbaast niet) prinses Caroline van Monaco. De jurisprudentie werd bevestigd in Civ. 1^o, 25-2-1997, JCP 1997, II, 22873, note Ravanais. Zie verder hiervoor nr. 254.

59 Jourdain, D. 1997, somm. p. 289-290; Viney, JCP 1997, doc. 4025; Ravanais in zijn noot bij Civ. 1^o, 5-11-1996, JCP 1997, jur. 22805 en Picard, 1999, p. 102, zie hiervoor nr. 254.

60 Hauser, RTD 1997, p. 633 en Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nr. 1618. Zie hiervoor nr. 254.

ge daad. Verschil is echter dat de rechter bij afwezigheid van aantoonbare schade slechts heel geringe bedragen aan schadevergoeding toekent ('nominal damages').⁶¹

Tenslotte is ook de toekenning van smartengeld aan een comateuze benadeelde in Duitsland, Engeland en Frankrijk relevant in dit verband.⁶² Hoewel in elk van de drie landen de toekenning van smartengeld werd gebaseerd op een objectief begrepen compensatiefunctie zijn in de Duitse en Engelse literatuur geluiden te horen die in de richting gaan van rechtshandhaving in de hier bedoelde zin. In Duitsland heeft Deutsch betoogd dat de toekenning van smartengeld te funderen is op de zogenaamde 'rechtsvervolgende Funktion' van het aansprakelijkheidsrecht.⁶³ Krachtens deze functie treedt de schadevergoedingsaanspraak in de plaats van het geschonden recht ook al komt uit vergelijking van de werkelijke toestand en de hypothetische toestand geen schade naar voren. In Engeland heeft Ogus deze jurisprudentie gezien als een toepassing van wat hij noemde de 'conceptual approach'. Deze benadering komt erop neer dat de enkele inbreuk op persoonlijkheidsrechten aanspraak geeft op smartengeld, onafhankelijk van de vraag of de rechthebbende leed heeft ondervonden. De menselijke persoonlijkheid wordt in deze benadering gezien als "(...) a combination of a large number of patrimonial rights (...)".⁶⁴ Aldus wordt de schending van een persoonlijkheidsrecht op dezelfde wijze behandeld als de schending van een vermogensrecht. In dat laatste geval is het bestaan van een recht op schadevergoeding immers ook niet afhankelijk van de vraag of de rechthebbende op de hoogte is van de schending.

2.4 Verhouding rechtshandhaving tot aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht

367 In het voorgaande (nrs. 361-366) is gesteld dat zowel in Nederland als in de andere onderzochte rechtssystemen een recht op smartengeld is geconstrueerd om persoonlijkheidsrechten te handhaven. Dit heeft niet tot doel ondervonden leed te compenseren, maar dient ter handhaving van de geschonden rechten. Het gaat, zo is gezegd, niet om smartengeld in de eigenlijke zin van het woord. Dat betekent dat er geen sprake is van schadevergoeding in de gebruikelijke zin en dat heeft in de buitenlandse literatuur de volgende vraag opgeroepen. Als geen sprake is van schadevergoeding, hoe verhoudt de toekenning van smartengeld als middel van rechtshandhaving zich dan tot het schadevergoedingsrecht en tot de gronden waarop aansprakelijkheid wordt gebaseerd?

Met name in de Franse literatuur is de discussie op de spits gedreven. In de opmars van (aansprakelijkheid wegens schending van) persoonlijkheidsrechten is door gezaghebbende auteurs zelfs een bedreiging voor het aansprakelijkheidsrecht gezien. De redenering is als volgt. Het Cour de cassation heeft geoordeeld dat de enkele schending van het recht op privacy (art. 9 Cc) recht geeft op smartengeld.⁶⁵ De ver-

61 Zie hiervoor nr. 46.

62 Zie hiervoor nrs. 69-70, 76-77, 79-80, 330, 343 en 345.

63 Deutsch, NJW 1993, p. 784, zie hierna nr. 375.

64 Ogus, [1972], 35 MLR 8.

65 Civ. 1^o, 5-11-1996, JCP 1997, 22805, note Ravanis, zie hiervoor nr. 366 en verder nr. 254.

eisten 'faute', 'lien de causalité' en 'dommage' van art. 1382 Cc worden immers vervangen door één vereiste, namelijk inbreuk op het recht op privacy. De voorwaarden van art. 1382 Cc lijken zo terzijde geschoven. De implicatie hiervan zou zijn dat de handhaving van persoonlijkheidsrechten een eigen regime vormt dat los staat van het aansprakelijkheidsrecht. Le Tourneau en Cadiet lijken dientengevolge zelfs te vrezen dat de rol die subjectieve rechten aldus gaan spelen in het ergste geval kan resulteren in de verdwijning van het aansprakelijkheidsrecht:

"La responsabilité civile serait ainsi absorbée par la théorie des droits de la personnalité. (...) L'enflure des droits subjectifs, en tout cas, crée un mouvement, sinon désintérateur, du moins déstabilisateur pour le droit de la responsabilité civile."⁶⁶

Zij vragen zich zorgelijk af of de enkele schending van de onschuldpresumptie (art. 9-1 Cc) en de enkele inbreuk op het recht op fysieke integriteit (art. 16 Cc) net als een inbreuk op de privacy recht geven op schadevergoeding zonder dat aan de voorwaarden van art. 1382 Cc wordt getoetst.⁶⁷

De meeste schrijvers nemen echter niet aan dat door de jurisprudentie van het Cour de cassation inzake smartengeld wegens een inbreuk op de privacy de voorwaarden van art. 1382 Cc geheel worden losgelaten.⁶⁸ De voorwaarden van art. 1382 Cc worden echter wel aanmerkelijk versoepeld. Reeds voor de bovengenoemde jurisprudentie van het Cour de cassation merkte Goubeaux in 1989 op dat

"(...) de plus en plus souvent, l'application du mécanisme de la responsabilité civile ne s'explique plus qu'à l'aide d'une double équation: 'atteinte à un droit de la personnalité = faute' et 'atteinte à un droit de la personnalité = préjudice'. Le recours à l'article 1382 du Code civil devient alors seulement formel."⁶⁹

Ook in Duitsland hebben schrijvers zich uitgelaten over de verhouding tussen aansprakelijkheid wegens schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' en het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Radicale conclusies als die van Le Tourneau en Cadiet zijn echter niet getrokken. Lange stelt eenvoudig dat het BGH 'eine Art Verfassungsprivatrecht' heeft gecreëerd.⁷⁰ Steffen schrijft over de vordering tot smartengeld wegens schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' heel mooi:

"Mögen seine Wurzeln noch im § 847 BGB verlaufen, so stammen jedenfalls seine Gene aus Art. 1 und 2 GG und entfalten den Anspruch auf ihre Art."⁷¹

⁶⁶ Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nrs. 1307-1308.

⁶⁷ Le Tourneau/Cadiet, 2000/2001, nrs. 1307.

⁶⁸ Viney, JCP 1997, doc. 4025; Ravanis in zijn noot bij Civ. 1^o, 5-11-1996, JCP 1997, 22805, Jourdain, D. 1997, somm. p. 289-290; Loulan in haar annotatie bij Civ. 1^o, 5-11-1996, D. 1997, p. 403-405. Zie verder hiervoor nr. 254.

⁶⁹ Goubeaux, 1989, nr. 275.

⁷⁰ Lange, VersR 2000, p. 281.

⁷¹ Steffen, NJW 1997, p. 10.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

In Duitsland benadrukt men derhalve het bijzondere karakter van de aanspraak wegens inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht', maar deze aanspraak wordt op zichzelf niet als bedreiging van het aansprakelijkheidsrecht gezien.⁷²

Welke consequenties heeft aanvaarding van de rechtshandhavingsfunctie als basis voor de toekenning van smartengeld wegens schending van persoonlijkheidsrechten nu voor de vereisten van art. 6:162 BW? Worden deze geëcarteerd en creëert de rechtshandhavingsfunctie naast het aansprakelijkheidsrecht een eigen handhavingsregime of is dat niet het geval? In navolging van de meerderheid der Franse schrijvers ben ik voor het Nederlandse recht van mening dat art. 6:162 BW onverkort van toepassing blijft. Dit laat echter onverlet dat bepaalde vereisten versoepeld worden. Het meest in het oog springend is de versoepeling van het vereiste dat sprake is van schade. Conform de tweede hierboven geciteerde vergelijking van Goubeaux geldt mijns inziens dat de enkele inbreuk van een persoonlijkheidsrecht schade oplevert. Voor wie uitgaat van een normatief schadebegrip is dat geen onoverkomelijk obstakel.

2.5 Rechtshandhaving is geen straf

2.5.1. Inleiding

368 In de voorgaande paragrafen is betoogd dat bij schending van persoonlijkheidsrechten de toekenning van smartengeld niet dient ter compensatie, maar gericht is op rechtshandhaving. Rechtshandhaving houdt in dat indien een bepaald belang van het etiket subjectief recht wordt voorzien, het privaatrecht de rechthebbende in geval van schending een actie moet geven. Zonder toekenning van een dergelijke actie zou de erkenning als subjectief recht zinloos zijn. De erkenning van een recht brengt dus noodzakelijkerwijze een middel ter handhaving van dat recht mee. De aldus gedefinieerde rechtshandhavingsfunctie is derhalve van een geheel ander niveau dan de compensatiefunctie. De laatste beperkt zich tot het schadevergoedingsrecht, de eerste daarentegen is relevant voor het privaatrecht als geheel.

De vraag kan rijzen of het bedrag dat op basis van de rechtshandhavingsfunctie wordt toegekend niet als straf is te betitelen. De achtergrond van toewijzing van een geldsom ter rechtshandhaving mag dan een andere zijn dan de oplegging van een boete, in beide gevallen gaat het niet om compensatie. Is het niet zo dat niet-compensatie logisch-noodzakelijk op straf neerkomt? Compensatie en straf schijnen elkaar uitsluitende begrippen te zijn. Toen in het Duitsland van de negentiende eeuw Windscheid twijfelde aan het compensatoire karakter van smartengeld concludeerde hij:

"(...) das Schmerzensgeld ist also eben *nicht* Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muss es Strafe sein"⁷³

72 De Duitse discussie spitst zich voornamelijk toe op de vraag welke consequenties het bijzondere karakter van de aanspraak heeft voor de hoogte van smartengeld. Moet het bedrag dat wegens een schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' wordt toegekend in een bepaalde verhouding staan tot het smartengeld dat de rechter op grond van par. 847 BGB toekent? Deze vraag komt hierna in nr. 413 aan de orde.

73 Windscheid, 1865, par. 455 A. 31. Zie hierboven nr. 328.

De schijnbare onontkoombaarheid van deze conclusie verklaart waarschijnlijk voor een belangrijk deel de populariteit van de compensatiefunctie.⁷⁴

Ondanks de wervende kracht die van een dergelijke redenering uitgaat, is zij niet waterdicht. Door de gekozen formulering wordt de discussie namelijk naar een te algemeen niveau getild. Het is niet relevant of er *in abstracto* verschillen zijn tussen 'schadevergoeding' en 'straf' en, als dit zo is, of de *abstracte* begrippen 'schadevergoeding' en 'straf' zich dan zo tot elkaar verhouden dat een bepaald fenomeen als òf straf òf schadevergoeding is te beschouwen. Het in abstracto stellen en beantwoorden van deze vragen heeft geen zin, omdat het hier niet gaat om filosofische, maar om positiefrechtelijke vragen. De vraag moet daarom luiden: *is de toekenning van smartengeld die niet neerkomt op compensatie tegen de achtergrond van bestaande relevante privaatrechtelijke en strafrechtelijke regels aanvaardbaar?*

Deze vraag kan langs twee wegen beantwoord worden. Langs dogmatische en langs praktische weg. In het eerste geval onderzoekt men of aan het huidige positiefrechtelijke onderscheid tussen strafrecht en privaatrecht een duidelijk concept ten grondslag ligt. Is er een hanteerbaar indelingscriterium dat uitsluitel geeft over de vraag in welk rechtsgebied een bepaalde rechtsfiguur een plaats behoort te krijgen? In het tweede geval wordt onderzocht of smartengeld ter rechtshandhaving past in het huidige Nederlandse privaatrecht. Er vindt dan een vergelijking plaats met andere reeds bestaande privaatrechtelijke rechtshandhavingsmiddelen. Indien smartengeld ter rechtshandhaving niet qua belasting voor de aansprakelijke persoon of op andere wijze relevant verschilt van de bestaande privaatrechtelijke rechtshandhavingsmiddelen, bestaat geen reden om deze figuur te weren uit het privaatrecht. Beide wegen – de dogmatische en de praktische – worden in het navolgende (nrs. 369 en 370) bewandeld. Nr. 371 bevat een conclusie.

2.5.2. Bestaat er een dogmatisch onderscheid tussen strafrecht en privaatrecht?

369 De vraag of er een indelingscriterium bestaat om te bepalen of een bepaald onderwerp in het privaatrecht dan wel in het strafrecht thuishoort, moet ontkennend beantwoord worden. Groenhuijsen heeft aangetoond dat tussen privaatrecht enerzijds en strafrecht – als onderdeel van het publiekrecht – anderzijds, geen keiharde grens bestaat.⁷⁵ Alle daartoe ontworpen theorieën zijn op één of meerdere punten onhoudbaar. Een korte weergave van zijn analyse zal dit duidelijk maken.

Volgens de *subjectentheorie* hangt de aard van een rechtsregel af van de aard van de daarbij betrokken subjecten. Er zijn twee varianten. In de materiële variant zijn rechtsregels publiekrechtelijk van aard indien daardoor een rechtsbetrekking wordt gevestigd tussen overheid en burger. In de procesrechtelijke variant van de subjectentheorie is een regel publiekrechtelijk van aard indien de overheid zich exclusief het recht voorbehoudt om een overtreding ter sanctionering aan de rechter voor te leggen. De subjectentheorie is echter niet houdbaar. Wat betreft de materiële variant merkt Groenhuijsen op dat als de overheid deelneemt aan het rechtsverkeer door bijvoorbeeld koop of huur, de daardoor ontstane relaties met burgers volgens algemeen

⁷⁴ Zie reeds hiervoor nr. 355.

⁷⁵ Groenhuijsen, 1986, p. 103-123.

oordeel privaatrechtelijk en niet publiekrechtelijk zijn. Bovendien zou dan het materiële strafrecht voor zover dat bepalend is voor de relatie tussen burgers opeens tot het privaatrecht gerekend moeten worden. De tegenwerping dat de overheid wanneer zij deelneemt aan het rechtsverkeer door koop of huur niet 'als overheid' deelneemt, vaart stuk op het feit dat dit criterium niet geheel duidelijk is. Het antwoord: 'wanneer zij in het algemeen belang handelt', levert nauwelijks concretere aanknopingspunten. Desalniettemin wordt de aard van het belang wel vaak als het onderscheidend kenmerk tussen privaatrecht en publiekrecht opgevoerd. Dat is dan meteen de tweede theorie.

Volgens de *belangentheorie* betreft het publiekrecht (en dus ook het strafrecht als deel van het publiekrecht) het algemeen belang, terwijl het privaatrecht ziet op particuliere belangen. Ook deze tweede theorie is moeilijk vol te houden. Zij impliceert bijvoorbeeld dat de meest onbeduidende publiekrechtelijke norm rechtsgoederen beschermt die belangrijker zijn dan die welke worden beschermd door de meest fundamentele privaatrechtelijke norm. Dit is evident onjuist. Veel uitsluitend privaatrechtelijk geregeld gedrag heeft een publieke dimensie. Groenhuijsen noemt als voorbeeld ontslag. Ondanks het feit dat onterecht ontslag grote maatschappelijke onrust kan veroorzaken, wordt hiertegen niet strafrechtelijk opgetreden.⁷⁶ Er zijn wel meer voorbeelden te geven van privaatrechtelijke rechtsinstituten waaraan publieke belangen ten grondslag liggen. Ik geef twee (willekeurige) voorbeelden. In de eerste plaats valt te wijzen op het feit dat een rechtshandeling in bepaalde gevallen nietig is, namelijk wanneer zij in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 BW). De rechter kan deze nietigheid ook uitspreken als geen van de voor hem staande partijen haar ingeroepen heeft. Het algemeen belang vergt dit kennelijk. Hetzelfde geldt voor de zogenaamde vervaltermijnen. In tegenstelling tot verjaringstermijnen (art. 3:322 BW) moet de rechter de vervaltermijn ambtshalve toepassen. In relatie tot art. 6:162 BW is de gedachte dat uitsluitend privaatrechtelijke belangen door het privaatrecht worden beschermd door de Hoge Raad zelfs expliciet verlaten in 1994.⁷⁷ Tot dat moment gold *Limmen/Houtkoop*⁷⁸ op grond waarvan de overheid om een vordering uit onrechtmatige daad in te kunnen stellen een relevant privaatrechtelijk belang diende te hebben.

De derde theorie tenslotte, zoekt het onderscheid in de *aard van de sanctie*. Het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht is dan gelegen in de aard van het strafbegrip. In Nederland is deze theorie vooral verdedigd door Slagter. Hij noemt negen verschillen tussen de privaatrechtelijke schadevergoeding en de strafrechtelijke straf⁷⁹: 1) de boete kan, in geval zij niet wordt betaald, veelal worden vervangen door hechtenis, 2) de strafsanctie vererft niet passief, de schadevergoeding daarentegen wel, 3) schadevergoeding mag door een derde worden voldaan, de boete echter niet, 4) de hoogte van schadevergoeding wordt primair door objectieve elementen bepaald, terwijl de boete aan de hand van subjectieve elementen wordt vastgesteld, 5) de strafoplegging vergt een schuldverband tussen dader en gevolg, terwijl voor een

⁷⁶ Zie ook Hulsman, 1965.

⁷⁷ HR 18 februari 1994, AB 1994, 415.

⁷⁸ HR 9 november 1973, NJ 1974, 91.

⁷⁹ Slagter, 1952, p. 179-187.

schadevergoedingsplicht een schuldverband tussen dader en handeling volstaat, 6) straf heeft een heel ander doel dan schadevergoeding, 7) er bestaat alleen een schadevergoedingsplicht als schade aan een individu is toegebracht, terwijl het voor strafoplegging voldoende is dat schade aan de gemeenschap is toegebracht, 8) schadevergoeding gaat naar het slachtoffer, de boete daarentegen naar de staat, 9) de straf is *tegen* de dader, de schadevergoeding is *voor* de benadeelde.

Tegen deze opsomming brengt Groenhuijsen een groot aantal argumenten in waarvan hieronder de belangrijkste volgen.⁸⁰ Anders dan het derde verschilpunt van Slagter suggereert, wordt een boete in de praktijk wel vaak (mede) door een derde betaald. Geldstraffen worden door fiscale aftrek zelfs verhaald op de algemene middelen. Met betrekking tot het vierde verschilpunt verwijst Groenhuijsen naar een arrest van de Hoge Raad waarin deze besliste dat er geen rechtsregel is die meebrengt dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd.⁸¹ Dat, zoals het vijfde punt stelt, het onjuist is dat strafoplegging een schuldverband tussen dader en gevolg vergt, blijkt uit het bestaan van door het gevolg gekwalificeerde delicten. Punt zeven komt in wezen neer op de stelling dat het strafrecht het algemeen belang behartigt, terwijl het privaatrecht particuliere belangen beschermt. De belangentheorie is hierboven al ontkracht.

Wat betreft de verschilpunten zes, acht en negen merkt Groenhuijsen op dat alle doelstellingen die aan strafoplegging kunnen worden verbonden (generale en speciale preventie, vergelding en conflictoplossing) evenzeer bevorderd worden door schadevergoeding. In de rechtspraktijk zijn (de verschillende functies van) schadevergoeding en straf niet altijd duidelijk te onderscheiden. Een dader zal het waarschijnlijk niet kunnen schelen of hij het gestolen geldbedrag nu moet terugbetalen in het kader van een voorwaardelijke veroordeling (art. 14c Sr), op grond van art. 36c Sr (onttrekking aan het verkeer⁸²) of wegens een geslaagde voeging van de beledigde partij (art. 332-335 Sv). Alleen de eerste twee verschillen blijven derhalve overeind.

Uit bovenstaande analyse blijkt dat er geen hard dogmatisch criterium is aan de hand waarvan men een rechtsfiguur zonder meer bij hetzij het privaatrecht, hetzij het strafrecht kan indelen. De bestaande indeling is waarschijnlijk het resultaat van verscheidene overwegingen: politieke, pragmatische en traditionele. De kern van een hard onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht ziet Groenhuijsen uiteindelijk in de *intensiteit van de overheidsbemoeienis*.⁸³ De waarborgen van het strafrecht, zoals bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel, zijn *uitvloeisels* en geen *oorzaken* van het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht.⁸⁴ Deze gedachte kan, mits vertaald naar horizontale verhoudingen, een aanknopingspunt opleveren voor een maatstaf aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of smartengeld ter rechtshandhaving in het privaatrecht thuishoort of niet. De vraag is dan of de intensiteit van het rechtshandhavingsmiddel aanvaardbaar is voor het privaatrecht gezien de relatief geringe waarborgen van de

80 Groenhuijsen, 1986, p. 115-117.

81 HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63, nt. Ch.J. Enschedé.

82 Groenhuijsen, 1986, p. 117.

83 Groenhuijsen, 1986, p. 122.

84 Groenhuijsen, 1986, p. 123.

positie van de aansprakelijke persoon.⁸⁵ Toetsing aan deze maatstaf komt in wezen neer op de hierboven (nr. 368) aangeduide tweede (pragmatische) weg waarbij smartengeld ter rechtshandhaving wordt vergeleken met andere privaatrechtelijke rechtshandhavingsmiddelen. De aanvaardbaarheid van smartengeld ter rechtshandhaving kan immers niet los worden gezien van de reeds bestaande privaatrechtelijke rechtshandhavingsmiddelen.⁸⁶

2.5.3 Past rechtshandhaving in het privaatrechtelijk handhavingsapparaat?

370 Een korte bestudering van het privaatrechtelijk rechtshandhavingsarsenaal leidt tot de conclusie dat er geen bezwaar bestaat tegen de positionering van smartengeld ter rechtshandhaving in het privaatrecht. Smartengeld ter rechtshandhaving is niet wezenlijk ingrijpender dan de dwangsom (art. 611a e.v. Rv). Nu een dwangsom beoogt de veroordeelde te stimuleren aan de hoofdveroordeling te voldoen en deze derhalve geen compensatoire doelstelling heeft⁸⁷, kan geen bezwaar worden gemaakt tegen smartengeld ter rechtshandhaving.⁸⁸ Zeker niet nu de dwangsom, ondanks zijn doelstelling, ook passief vererft.⁸⁹ Daarbij komt nog dat naar huidig recht degene die tot betaling van smartengeld kan worden aangesproken de dans kan ontspringen in verband met de eisen die de wet in art. 6:106 lid 2 BW stelt aan de (actieve) vererving van smartengeld.⁹⁰ Hierdoor boet de eventuele dreiging van een mogelijke verplichting smartengeld te betalen aan scherpte in.

De ingrijpendheid van de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving is in sterke mate afhankelijk van de mogelijkheden die de aansprakelijke heeft om het verschuldigde bedrag af te wentelen op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. Maar zelfs al zouden verzekeraars geen dekking willen bieden voor smartengeld ter rechtshandhaving, dan is deze figuur nog steeds inpasbaar in het Nederlandse privaatrecht. Bedacht moet worden dat verzekeraars immers ook geen verbeurde dwangsommen vergoeden. Bovendien keren verzekeraars in het algemeen niet uit indien sprake is

85 Vgl. Corstens, NJV 1984, p. 22 die een 'niet-essentialistische beschouwingwijze' voorstaat, hetgeen inhoudt dat het uitgangspunt is dat er "(...) geen situaties zijn die per sé als strafbaar feit door de wetgever moeten worden aangemerkt". Van Nispen, 1988, p. 3-4 vraagt zich af of de wijze van sanctiëring een onderscheidend kenmerk van het privaatrecht is en meent dat burgerlijk, straf en administratief recht als handhavingssysteem een 'eigen karakter vertonen' en dat dit karakter een belangrijke rol speelt bij de toedeling van onrecht aan een bepaald rechtsgebied.

86 De pragmatische benadering past in zoverre bij de opzet van het BW dat bij het onderscheid tussen privaatrecht en administratief recht met name gewicht is toegekend aan het feit of de handhaving geschiedt met rechtsmiddelen die voor het privaatrecht typerend zijn: civiele acties tot nakoming, tot schadevergoeding, ofwel tot ontbinding of vernietiging van rechtsverhoudingen of verklaring van recht, zie PG Alg. Dl. p. 129. Zie hierover Hartkamp, 1982, p. 33-34 en Dommering, 1982, p. 29.

87 Jongbloed, 1991, p. 19.

88 Bovendien is de dwangsom algemeen geaccepteerd.

89 Zij het dan dat art. 611f lid 1 Rv bepaalt dat na het overlijden van de veroordeelde de dwangsom die op een bepaald bedrag per tijdseenheid is gesteld niet verder verbeurt. Deze beperking tot een per tijdseenheid vastgestelde dwangsom heeft met name als reden dat erfgenamen mogelijkerwijze niet op de hoogte zijn van de hoofdveroordeling, zie Jongbloed, 1991, p. 124. De reden voor beperking van de passieve vererving is derhalve niet gelegen in het eventuele poenale karakter van de dwangsom.

90 Of deze beperking al dan niet met het oog op de rechtshandhavingfunctie moet vervallen komt hierna in nrs. 415-418 aan de orde.

van opzet⁹¹, terwijl de inbreuk op een persoonlijkheidsrecht veelal opzettelijk is. Denk aan gevallen waarin iemand in zijn eer of goede naam wordt geschaad, zijn recht op privacy wordt geschonden, hij last ondervindt van geluidshinder of wordt gediscrimineerd. Dit betekent dat de aansprakelijke persoon in veel gevallen ook op dit moment niet kan terugvallen op zijn aansprakelijkheidsverzekering indien hij tot betaling van smartengeld wordt veroordeeld. Tenslotte bestaat niet direct aanleiding om te veronderstellen dat verzekeraars zullen weigeren om (buiten opzettelijk onrechtmatig gedrag) dekking te verlenen voor aansprakelijkheid voor smartengeld ter rechtshandhaving. In ieder geval is die aanleiding er niet ten aanzien van gevallen waarin ook thans al een recht op smartengeld bestaat, zoals bij een inbreuk op de privacy. Als verzekeraars tot op heden dekking hebben verleend is niet duidelijk waarom dit zou veranderen enkel en alleen doordat zij zouden gaan inzien dat smartengeld niet op grond van de compensatie- maar op grond van de rechtshandhavingsfunctie wordt toegekend. Erkenning van de rechtshandhavingsfunctie heeft in die gevallen waarin ook thans recht bestaat op smartengeld wegens de schending van een persoonlijkheidsrecht geen praktische gevolgen. Het gaat slechts om een verandering van inzicht in wat er werkelijk aan de hand is onder het mom van compensatie.⁹²

Wie meent dat smartengeld ter rechtshandhaving neerkomt op een sanctie, zou kunnen betogen dat daarmee het legaliteitsbeginsel relevant is geworden. Voor zover dit al het geval is, meen ik dat smartengeld ter rechtshandhaving de toets aan dit beginsel doorstaat. In de eerste plaats schrijft dit beginsel duidelijkheid voor ten aanzien van de gevallen waarin de rechter smartengeld ter rechtshandhaving kan toekennen. Hoewel geen limitatieve catalogus van persoonsaantastingen in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW valt op te stellen, ligt het aantal gevallen nu ook weer niet zo open dat de door het legaliteitsvereiste geboden voorspelbaarheid geheel ontbreekt. In de tweede plaats dient op grond van het legaliteitsbeginsel duidelijk te zijn welke sancties de rechter in welke mate kan opleggen. Ten aanzien van smartengeld ter rechtshandhaving is dit ten dele het geval. De rechter kan ten eerste slechts een geldsanctie opleggen. Ten tweede is hij bij vaststelling van de hoogte niet geheel vrij. Hij heeft namelijk op grond van de jurisprudentie van het EHRM rekening te houden met het proportionaliteitsbeginsel.⁹³ Meer dan bij de bepaling van de hoogte van een dwangsom is hij bovendien gebonden aan door andere rechters in vergelijkbare gevallen toegekende bedragen. Gezien de aard van de sanctie, te weten een verplichting tot betaling van een geldsom, lijkt mij dat zo in voldoende mate aan de eisen van het legaliteitsbeginsel wordt tegemoet gekomen. Zeker tegen de achtergrond van het bestaan van de dwangsom. Dat een dwangsom voor de toekomst wordt opgelegd en

91 HR 6 november 1998, NJ 1999, 220, nt. MMM legde de opzetclausule van een aansprakelijkheidsverzekering echter erg ruim uit: een opzetclausule had "(...) geen verdere strekking dan van de dekking uit te sluiten de aansprakelijkheid van een verzekerde die het in feite toegebrachte letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn." Naar aanleiding van dit arrest hebben verzekeraars hun opzetclausules aangepast. Zie met verwijzingen Wansink, AV&S 2000, p. 14-17.

92 Dit wil uiteraard niet zeggen dat de rechtshandhavingsfunctie in het geheel geen praktische gevolgen heeft. Met name bij de interpretatie van het begrip aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW leidt de rechtshandhavingsfunctie tot andere resultaten dan de compensatiefunctie. Daarover hierna nrs. 382-410.

93 EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544. Zie over dit arrest Verheij, AA 1997, p. 71-81.

de veroordeelde derhalve altijd de mogelijkheid heeft verbeuring te voorkomen door tegemoet te komen aan de hoofdveroordeling, doet hieraan geen afbreuk. Zoals al is aangegeven is de schending van een persoonlijkheidsrecht immers in veel gevallen het gevolg van opzettelijk handelen.

Het argument dat smartengeld ter rechtshandhaving afgewezen moet worden omdat het niet alleen de belangen van de rechthebbende dient, maar vooral ook de belangen van de rechtsorde in het algemeen, gaat evenmin op. In wezen komt deze bedenking namelijk neer op de hierboven door Groenhuijsen al ontkrachtte belangen-theorie.⁹⁴ In dat verband valt nog te wijzen op allerlei rechtsfiguren die wel degelijk een algemeen belang beschermen. Denk bijvoorbeeld aan de automatische nietigheid van rechtshandelingen die door inhoud of strekking in strijd zijn met de goede zeden of de openbare orde (art. 3:40 lid 1 BW).⁹⁵

2.5.4 Conclusie

371 Uit het bovenstaande volgt dat een te sterk dualistisch denken in termen van compensatie versus straf geen recht doet aan de rechtswerkelijkheid. Straf en compensatie zijn niet meer dan de twee uiterste polen op een continuüm. Het zijn geen absoluut gescheiden grootheden; sommige rechtsfiguren hebben een meer of een minder compensatoir respectievelijk poenaal karakter. Smartengeld ter rechtshandhaving ligt verder van het compensatie-uiteinde van genoemd continuüm verwijderd dan smartengeld in eigenlijke zin. Dit wil echter niet zeggen dat dan van een private straf sprake is. In dat verband kan worden opgemerkt dat het in bepaalde gevallen zelfs denkbaar – hoewel niet verifieerbaar – is dat smartengeld ter rechtshandhaving de eventueel gekwetste gevoelens compenseert van degene wiens persoonlijkheidsrecht is geschonden.

De conclusie uit het voorgaande is dat principieel verdedigbaar is dat smartengeld ter rechtshandhaving onderdeel blijft uitmaken van het privaatrecht. De privaatrechtelijke reactie van de smartengeldverplichting is niet dusdanig ingrijpend dat zij een vreemde eend in de bijt vormt.

3. Rechtshandhaving zoals tot op heden begrepen

3.1 Algemeen

372 De rechtshandhavingsfunctie komt zowel in de Nederlandse als in de buitenlandse literatuur voor. Geen van de gebruikte omschrijvingen komt precies overeen met de wijze waarop ik rechtshandhaving hierboven (nrs. 361-363) heb gedefinieerd, maar sommige omschrijvingen komen erg dicht in de buurt. Om de specifieke inhoud die ik in het bovenstaande aan de rechtshandhavingsfunctie heb toegekend beter in perspectief te plaatsen, volgt in deze paragraaf een overzicht van de theorievorming in binnen- en buitenland met betrekking tot de rechtshandhavingsfunctie.

⁹⁴ Groenhuijsen, 1986, p. 103-123, zie hiervoor nr. 369. Dat de belangen van de rechtsorde in het algemeen worden behartigd valt op zichzelf overigens slechts toe te juichen.

⁹⁵ Zie verder over algemene belangen in het privaatrecht Dommering, 1982.

3.2 Nederland

373 In Nederland noemt niet iedere schrijver de rechtshandhavingsfunctie met zoveel woorden.⁹⁶ De schrijvers deze functie wel behandelen, gaan niet altijd uit van dezelfde betekenis.

De Groot ziet voor de rechtshandhavingsfunctie van het schadevergoedingrecht vooral een rol weggelegd bij de abstracte berekening van schade.⁹⁷ Volgens hem speelt de doelstelling⁹⁸ van schadevergoeding een belangrijke rol bij de keuze tussen concrete en abstracte schadeberekening. Concrete berekening is meer in overeenstemming met de belangrijkste doelstelling, te weten herstel (schadeloosstelling⁹⁹). De benadeelde krijgt zijn volledige schade vergoed, niets meer en niets minder. Abstracte schadeberekening maakt inbreuk op deze doelstelling, omdat de benadeelde mogelijk meer schadevergoeding krijgt dan de schade die hij daadwerkelijk (concreet) lijdt. Deze gang van zaken kan dan ook niet worden gerechtvaardigd vanuit de primaire herstelfunctie van het schadevergoedingsrecht. De mogelijkheid van abstracte schadeberekening noopt volgens De Groot dan ook tot aanvaarding van een tweede functie van het schadevergoedingsrecht: de rechtshandhavingsfunctie.¹⁰⁰ De scheiding tussen de (primaire) herstelfunctie en de (secundaire) rechtshandhavingsfunctie is overigens niet volledig. Herstel van de benadeelde draagt immers bij tot rechtshandhaving.¹⁰¹

Volgens De Groot komt de rechtshandhavingsfunctie niet neer op preventie, afschrikking of straf¹⁰².

“Bij de rechtshandhavingsfunctie van het privaatrechtelijke schadevergoedingssysteem gaat het om de instandhouding van de norm en daarmee van de rechtsorde zelf.”¹⁰³

Deze stelligheid wordt enigszins ontkracht in noot 23, waar De Groot schrijft dat de gedachte van rechtshandhaving nauw is verwant is aan noties als (speciale en generale) preventie en boete.

Rechtshandhaving als grondslag voor abstracte berekening van schade verklaart volgens De Groot ook waarom de benadeelde wel de keuze heeft tussen abstracte en concrete berekening, maar de schadeplichtige niet. Zou de laatste ook een keuzemogelijkheid hebben, dan zou de rechtshandhavingsfunctie immers worden doorkruist.¹⁰⁴

96 Wolfsbergen, 1946; Hofmann-Drion-Wiersma, 1959; Maeijer, 1962; Schut, 1963; Schoordijk 1979; Van Dam, 1989; Van Dunné, 1997; Spier, Hartlief, Van Maanen, Vriesendorp, 2000; Hartlief, 1997 en Asser-Hartkamp 4-I, 2000 en 4-III, 1998 reppen geen van allen over een afzonderlijke rechtshandhavingsfunctie.

97 De Groot, VR 1980, p. 49-58.

98 De Groot gebruikt de termen functie en doelstelling door elkaar.

99 De Groot, VR 1980, p. 52 gebruikt herstel en schadeloosstelling als synoniemen.

100 De Groot, VR 1980, p. 53.

101 De Groot, VR 1980, p. 52 noot 23.

102 De Groot, VR 1980, p. 52 spreekt niet van straf, maar van “een reactie op de door de vergoedingsplichtige begaan onrecht”, maar dit komt in die context m.i. op hetzelfde neer.

103 De Groot, VR 1980, p. 53.

104 De Groot, VR 1980, p. 53.

Bloembergen beschouwt handhaving van rechten als één van de (andere) doeleinden van het schadevergoedingsrecht naast de centrale compensatie-doelstelling.¹⁰⁵ Hij geeft het voorbeeld van iemand die schadevergoeding in geld krijgt wegens niet-levering van een zaak. Zijn recht op levering wordt op die manier zo goed mogelijk gehandhaafd. Rechtshandhaving is volgens hem echter een bijproduct van de schadevergoeding. Schadevergoeding doet meer aangezien de benadeelde ook zijn gevolgschade vergoed krijgt. Bloembergen volgt De Groot in die zin dat erkenning van de mogelijkheid van abstracte berekening van schade in zijn ogen mede valt te verklaren door middel van de rechtshandavingsfunctie. Zonder abstracte berekening van schade zou het verweer dat geen concrete schade is geleden in bepaalde gevallen te gemakkelijk slagen waardoor de handhaving van rechten in het gedrang komt.¹⁰⁶

Blaauw vereenzelvig rechtshandhaving met bestraffing.¹⁰⁷ Hij brengt de handhaving van rechten in het privaatrecht in verband met de erkenning van de nakomingsactie in 1899¹⁰⁸, de verbods- en bevelsactie in 1914¹⁰⁹, de invoering van de dwangsom in 1932, de toegenomen mogelijkheden om een kortgeding aan te spannen en de collectieve actie (art. 3:305a BW). Blaauw ziet deze 'verstraffing' van het privaatrecht met lede ogen aan en stelt: "(...) de tanden van ons privaatrecht zijn – zeker ten opzichte van de vorige eeuw – vlijmscherp geworden, zijn handhavende kracht is sterk toegenomen."¹¹⁰

Van Nispen vraagt in zijn monografie uit 1988 aandacht voor de problematiek van handhaving van privaatrechtelijke rechtsnormen. Hij richt zich in dat verband op het vermogensrecht. Het gaat hem dus niet primair om de functie(s) van het schadevergoedingsrecht, maar meer algemeen om de middelen die het vermogensrecht ter beschikking stelt ter handhaving van zijn eigen rechtsnormen.¹¹¹ Van Nispen bezigt in dit kader de term 'sanctie'. Hiermee bedoelt hij kennelijk het door het privaatrecht (vermogensrecht) ter beschikking gestelde middel waarmee een belanghebbende op de schending van een privaatrechtelijke rechtsnorm kan reageren. Niet alleen de vordering tot schadevergoeding, maar ook die tot ontbinding van een overeenkomst of tot vernietiging van een rechtshandeling zijn voorbeelden van dergelijke sancties.

Als doelstellingen van privaatrechtelijke sanctionering noemt hij: 1) het voorkomen van dreigend onrecht, 2) het goedmaken van geleden schade, 3) genoegdoening voor de benadeelde, 4) bestraffing van de aansprakelijke persoon, 5) ongedaanmaking van verrijking van de aansprakelijke persoon en 6) handhaving van rechten.¹¹²

Als voorbeeld van genoegdoening noemt Van Nispen vergoeding van immateriële schade en bij handhaving van rechten merkt hij op dat deze doelstelling eigen is aan het sanctiestelsel als geheel en dat sancties in hun onderlinge samenhang speciale en generale preventie zo goed mogelijk dienen te verzekeren. Hieruit blijken twee verschillen met de rechtshandavingsfunctie zoals die hierboven (nrs. 361-363) is om-

105 Bloembergen, 1982, p. 5-6.

106 Bloembergen, 1982, p. 68.

107 Blaauw, 1988, p. 1-13.

108 HR 23 juni 1899, W. 7302.

109 HR 13 november 1914, NJ 1915, p. 98.

110 Blaauw, 1988, p. 10-11.

111 Van Nispen, 1988, p. 5-6.

112 Van Nispen, 1988, p. 6-7.

schreven. In de eerste plaats legt Van Nispen minder expliciet een verband tussen rechtshandhaving en vergoeding van immateriële schade aangezien hij deze laatste figuur vooral ziet als genoegdoening. In de tweede plaats vereenzelvigt hij rechtshandhaving met (speciale en generale) preventie en kiest hij aldus voor een functionele benadering.¹¹³ Wel heeft hij oog voor het (logische) verband tussen het bestaan van een recht en de middelen tot handhaving van dat recht. Zo schrijft hij dat de ontwikkeling van de verbodsactie en de partiële erkenning van vergoeding van immateriële schade het zinvol maakte om waarden als lichamelijke integriteit, naam, portret en privacy te erkennen als civiele rechtsbelangen.¹¹⁴ In zijn ogen was effectieve bescherming van deze belangen echter niet mogelijk zolang schadevergoeding de remedie bij uitstek was.¹¹⁵

Lindenbergh gebruikt in relatie tot smartengeld een enkele maal het woord rechtshandhaving. In zijn dissertatie brengt hij dit begrip in verband met genoegdoening in de zin van bevrediging van het geschokte rechtsgevoel.¹¹⁶ Bevrediging van geschokt rechtsgevoel kan worden gehanteerd als rechtvaardiging voor het bestaan van een recht op smartengeld. Genoegdoening in deze zin heeft een belangrijke rol gespeeld bij de totstandkoming van art. 6:106 lid 1 sub a BW waarin een recht op smartengeld wordt toegekend indien het oogmerk bestond om immateriële schade toe te brengen.¹¹⁷ Genoegdoening in de zin van gekwetst rechtsgevoel is volgens Lindenbergh een gedachte die niet typerend is voor smartengeld, maar meer in het algemeen aan het hele aansprakelijkheidsrecht ten grondslag ligt. Het civiele recht geeft in bepaalde gevallen een sanctie ter handhaving van subjectieve rechten. Deze rechtshandhaving-functie staat derhalve niet tegenover de compensatiefunctie. Lindenbergh verwijst op deze plaats naar de hiervoor behandelde geschriften van Bloembergen en De Groot en hij sluit zich dus kennelijk bij deze auteurs aan. Lindenbergh werkt de rechtshandhaving-functie niet verder uit. Hij baseert vergoeding van immateriële schade op de compensatiefunctie. Voor de rechtshandhaving-functie is kennelijk geen bijzondere rol weggelegd, aangezien Lindenbergh concludeert dat aan het begrip genoegdoening in het kader van vergoeding van immateriële schade geen bijzondere betekenis toekomt.¹¹⁸ Later heeft Lindenbergh in een artikel bij beantwoording van de vraag of smartengeld moet worden toegekend wegens schending van persoonlijkheidsrechten enig gewicht willen toekennen aan de vraag of de immateriële schade met behulp van een andere sanctie (rectificatie, verbod of bevel) kan worden goedgeemaakt.¹¹⁹ De ontoereikendheid van andere sancties vormt volgens Lindenbergh weliswaar geen voorwaarde voor de toekenning van smartengeld, maar de effectiviteit van dergelijke sancties vormt een bruikbaar gezichtspunt voor de vraag of vergoeding van immateriële schade op zijn plaats is. Vervolgens merkt hij op dat wanneer men rechtshandha-

113 Deze vereenzelviging blijkt ook uit zijn verwijzing naar Wertheim, 1930 die hij als een voorloper op de door hem voorgestane functionele benadering ziet, zie Van Nispen, 1988, p. 6. Wertheim betoogde dat preventie van schade de belangrijkste functie is van de onrechtmatige daad.

114 Van Nispen, 1988, p. 5.

115 Van Nispen, 1988, p. 4.

116 Lindenbergh, 1998, p. 40.

117 PG Boek 6, p. 378.

118 Lindenbergh, 1998, p. 61.

119 Lindenbergh, TVPr 1999, p. 1696.

ving als één van de motieven voor erkenning van een recht op smartengeld wil zien, dat motief minder gewicht in de schaal legt indien de handhaving anders of beter kan plaatsvinden. Als voorbeeld wijst hij op de rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens waarin wordt overwogen dat de vaststelling dat een recht is geschonden een zekere mate van genoegdoening meebrengt (zodat de toekenning van smartengeld verder overbodig is).

Giesen tenslotte komt op het terrein van de bewijslastverdeling¹²⁰ in het aansprakelijkheidsrecht tot een benadering waarin rechtshandhaving (in zijn terminologie 'verwezenlijking van de materiële norm'¹²¹) centraal staat. Het doel van zijn onderzoek is te komen tot een theoretisch fundament, op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht, voor die gevallen waarin de bewijslastverdeling afwijkt of zou moeten afwijken van wat de hoofdregel (art. 177 Rv) terzake voorschrijft.¹²² Kortom, waarom wordt en wanneer dient te worden afgeweken van de in art. 177 Rv neergelegde hoofdregel inhoudende dat degene die stelt ook moet bewijzen? Giesen betoogt dat voor omkering van de bewijslast plaats is indien de verwezenlijking van de materiële (zorgvuldigheids)norm in gevaar komt. Vereist is hiervoor in de eerste plaats de aanwezigheid van structurele bewijsnood en in de tweede plaats de wenselijkheid van (een verzwarende) aansprakelijkheid.¹²³ Een argument voor dit principe is onder meer dat anders het "(...) aansprakelijkheidsrecht een (groot) aantal gevaltypen zou omvatten die niet tot gelding kunnen komen."¹²⁴ In mijn terminologie gaat het hier om niets anders dan om rechtshandhaving. Het procesrecht heeft als doel het materiële recht te verwezenlijken.¹²⁵ Leidt de hoofdregel van de bewijslastverdeling ertoe dat dit niet mogelijk is, dan ontstaat de situatie dat de ene hand (het procesrecht) wegneemt wat de andere hand (het materiële recht) geeft. Gezien de wederzijdse betrokkenheid van materieel recht en procesrecht¹²⁶ kan men dan het bestaan van de desbetreffende materiële normen in twijfel trekken. Voor deze rechtshandavingsgedachte op het gebied van de bewijslastverdeling in het aansprakelijkheidsrecht signaleert Giesen vele aanknopingspunten in de binnen- en buitenlandse literatuur en rechtspraak.¹²⁷

120 Giesen, 2001 gebruikt deze term niet, maar onderscheidt in dit verband tussen de bewijsvoeringslast (wie is op een bepaald moment in de procedure aan zet om bewijs te leveren) enerzijds en de bewijsrisicoverdeling (wie dient het risico te dragen indien bepaalde feiten niet zijn bewezen) anderzijds (zie p. 12-13).

121 Giesen, 2001, p. 449 spreekt in plaats hiervan ook wel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming en van het waarborgen van de effectiviteit van de norm.

122 Giesen, 2001, p. 3.

123 Giesen, 2001, p. 450-451.

124 Giesen, 2001, p. 453.

125 Giesen, 2001, p. 451-452.

126 Giesen, 2001, hoofdstuk XIV, par. 3.2.4.

127 Giesen, 2001, hoofdstuk XIV, par. 3.3.

3.3 Duitsland

3.3.1 Oorsprong van de 'Rechtsverfolgungsfunktion'

374 Enigszins vergelijkbaar met de rechtshandhavingfunctie in Nederland is de Duitse 'Rechtsverfolgungsfunktion' (ook wel *Rechtfortsetzungsfunktion* genoemd). Deze functie is oorspronkelijk vooral door Neuner in een artikel uit 1931 ontwikkeld.¹²⁸ Neuner kwam tot deze functie vanuit wat men 'dogmatisch onbehagen' zou kunnen noemen. Dit werd veroorzaakt door de van Mommsen¹²⁹ afkomstige zogenaamde 'Differenzhypothese'.¹³⁰ Deze theorie dient ter bepaling van (de hoogte van) vermogensschade. Vermogensschade is het verschil tussen de vermogenstoestand zoals die zonder het schadeveroorzakende feit zou zijn geweest en de vermogenstoestand zoals die nu daadwerkelijk is. Beslissend is of het vermogen *als geheel* is verminderd. Er worden dus geen vermogensbestanddelen met elkaar vergeleken (het hypothetische met het reële vermogensbestanddeel).

Neuner richt zich tegen de 'Differenzhypothese' van Mommsen, omdat er veel gevallen zijn waarin schadevergoeding wordt toegekend, terwijl er volgens de 'Differenzhypothese' geen schade is geleden. Strikt vasthouden aan de 'Differenzhypothese' door geen schade te vergoeden, zou onbillijk zijn, maar het loslaten daarvan vergt een theoretische rechtvaardiging. Neuner noemt vele gevallen waarin de 'Differenzhypothese' geen schade laat zien, onder meer abstracte schadeberekening¹³¹, hypothetische causaliteit¹³² en gevallen waarin een zaak gedurende enige tijd onrechtmatig is gebruikt en de rechthebbende geen kosten heeft gemaakt voor (tijdelijke) vervanging. Neuner geeft als voorbeelden de situatie dat pas na het onrechtmatig gebruik van een theaterbiljet – derhalve pas na de voorstelling – schadevergoeding wordt gevorderd, het geval dat een centrale verwarming niet tijdig wordt geleverd en de schuldeiser zonder kosten te maken kou lijdt in de winter en de situatie dat de eigenaar een gedeelte van zijn woning gedurende enige tijd ten onrechte niet kan gebruiken.¹³³

De oplossing voor de problemen die de 'Differenzhypothese' oproept, zoekt Neuner in een nieuwe definitie van vermogensschade die steunt op een nieuwe functie van het schadevergoedingsrecht. Volgens deze nieuwe definitie is vermogensschade de

128 Neuner, AcP 1931, p. 277-314.

129 Mommsen, 1855, p. 3.

130 Soms wordt ook van de 'Differenztheorie' of van de 'Interessentheorie' gesproken, zie bijvoorbeeld Bydlinski, 1964, p. 24.

131 Neuner, AcP 1931, p. 285. Dit is nader uitgewerkt door Steindorff, AcP 1959/1960, p. 431-469.

132 Neuner, AcP 1931, p. 286. Dit is nader uitgewerkt door Bydlinski, 1964 met name hoofdstuk 3. Bij hypothetische causaliteit wordt in eerste instantie schade toegebracht, maar deze zou door een daarop volgende tweede gebeurtenis toch zijn toegebracht. Bijvoorbeeld: door nalatigheid brandt een huis volledig af, terwijl een week later door een vliegtuigongeluk het gehele huizenblok wordt verwoest. Degene die aansprakelijk is voor de brand kan zich op grond van de 'Differenzhypothese' succesvol verdedigen. Vergelijkt men de situatie zoals die zich werkelijk als gevolg van de brand heeft ontwikkeld met de hypothetische situatie die zou zijn ontstaan indien het huis niet was afgebrand, dan valt immers geen schade te constateren. Zowel in de huidige als in de daarmee te vergelijken hypothetische situatie is het huis verwoest. Door het 'wegdenken' van de brand verdwijnt de schade niet.

133 Neuner, AcP 1931, p. 289.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

“Verletzung eines vermögenswerten Interesses, d.h. eines Gutes, das im Verkehr gegen Geld erworben und veräußert wird, und dieses Interesse objectiv bewertete.”¹³⁴

Dit betekent dat in geval van schadevergoeding wegens bijvoorbeeld wanprestatie, de schuldeiser recht heeft op vergoeding van de *objectieve waarde* van de prestatie. De schuldenaar wordt niet toegestaan te bewijzen dat het persoonlijk belang van de schuldeiser geringer is dan de objectieve waarde.¹³⁵

Vergoeding van deze objectieve schade die niet door de ‘Differenzhypothese’ wordt gerechtvaardigd, grondvest Neuner op wat hij de ‘rechtsvervolgende Funktion’ van het schadevergoedingsrecht noemt. Het geschonden recht zet zich voort in de aanspraak op schadevergoeding.¹³⁶ Een argument voor het bestaan van de ‘rechtsvervolgende Funktion’ ziet Neuner in het feit dat als degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld herstel (‘Naturalrestitution’) vordert, voor de toewijzing daarvan in het geheel niet van belang is of hij vermogensschade heeft geleden.¹³⁷ ‘Rechtsvervolgung’ ligt ook ten grondslag aan de vordering tot teruggave (‘Herausgabeklage’), aan het bevel (‘Beseitigungsklage’) en aan het verbod (‘Unterlassungsklage’). Deze drie acties zijn volgens Neuner echter niet voldoende om de absolute rechten te beschermen. Men denke bijvoorbeeld aan onrechtmatige onttrekking van het gebruik van een zaak gedurende een bepaalde periode. Neuner is van mening:

“Der Zweck des Deliktsanspruch ist also in erster Linie Sanktion des absoluten Rechts und des ihm entsprechenden Zustandes und es ist keineswegs selbstverständlich daß das Gesetz neben der Rechtsverletzung auch noch Entstehung eines Schadens verlangt.”¹³⁸

In eerste instantie heeft de schadevergoedingsaanspraak derhalve de functie om absolute rechten te beschermen. Absolute rechten dienen te worden beschermd, ook al heeft de inbreuk volgens de ‘Differenzhypothese’ niet tot schade geleid. Bij de inbreuk op een absoluut recht heeft de rechthebbende aanspraak op vergoeding van de objectieve waardevermindering. Resulteert de inbreuk in gevolgschade dan moet deze wel aan de hand van de ‘Differenzhypothese’ worden berekend. De benadering van Neuner leidt zo tot een onderscheid tussen directe schade en indirecte schade. De directe schade bestaat uit de objectieve waardevermindering van het rechtsgoed als zodanig; de gevolgschade vormt de indirecte schade.

Hieruit blijkt dat Neuner de ‘Differenzhypothese’ niet geheel en al verwierpt. Naast ‘Rechtsverfolgung’ blijft ook schadevergoeding in de zin van de ‘Differenzhypothese’ een functie van het Duitse ‘Deliktsrecht’.¹³⁹ In zijn eigen woorden:

134 Neuner, AcP 1931, p. 290.

135 Neuner, AcP 1931, p. 293.

136 Hij is daarbij geïnspireerd door het Engelse recht met zijn onderscheid tussen ‘torts actionable per se’ waarbij schade geen element is van de onrechtmatige daad en ‘torts’ waarbij schade wel is vereist. Zie over dit onderscheid hiervoor nr. 44. Neuner, AcP 1931, p. 303 ontleent ook een argument aan de omstandigheid dat het Duitse recht (par. 823 BGB) in tegenstelling tot het Franse recht (art. 1382 Cc) in eerste instantie is gericht op de aantasting van subjectieve rechten, rechtsgoederen of door de wet beschermde belangen en niet op de veroorzaking van schade.

137 Neuner, AcP 1931, p. 306.

138 Neuner, AcP 1931, p. 303-304.

139 Neuner, AcP 1931, p. 307.

"(...) jedenfalls steht fest, daß der deliktische Schadensersatzanspruch rechtsverfolgende Funktion hat, daneben allerdings auch Ersatz des weiteren Schadens verfolgt." ¹⁴⁰

Wat 'Rechtsverfolgung' precies betekent, blijft uiteindelijk echter vaag. Met name is niet duidelijk hoe 'Rechtsverfolgung' zich tot straf verhoudt. Neuner gebruikt slechts het onduidelijke woord 'Sanktion'. De voornaamste grondslag om buiten de 'Differenzhypothese' toch schadevergoeding toe te kennen, lijkt voor hem de billijkheid waar hij een aantal malen naar verwijst. Een latere auteur als Steindorff lijkt 'Rechtsverfolgung' daarentegen met straf te identificeren.¹⁴¹ Naast het woord 'Sanktion' gebruikt hij in dat verband namelijk ook het begrip 'Buße' (boete).

3.3.2 Recente literatuur

375 In de meer recente literatuur is de 'Rechtsverfolgungsfunktion' ingelijfd bij de compensatiefunctie van het schadevergoedingsrecht. Larenz stelt dat indien schadevergoeding wordt toegekend wegens de inbreuk op een subjectief recht of wegens wanprestatie, de aanspraak op schadevergoeding in de plaats van het geschonden recht treedt. Het geschonden recht zet zich voort in de vordering tot schadevergoeding. Daarom spreekt Larenz liever van 'Rechtsfortsetzungsgedanke' dan van 'rechtsverfolgende Funktion'. De 'Rechtsfortsetzungsgedanke' is volgens hem een aspect van de 'Ausgleichsgedanke'. De laatste is breder aangezien zij ook verplicht tot vergoeding van gevolgschade.¹⁴² Lange is het hiermee eens. Ook hij ziet geen zelfstandige rol weggelegd voor een 'Rechtsverfolgungsfunktion' los van de compensatiefunctie van het schadevergoedingsrecht. Evenals Larenz prefereert hij daarom de term 'Rechtsfortsetzungsgedanke'. De 'Rechtsfortsetzungsgedanke' verklaart zijns inziens het feit dat 'Naturalrestitution' in het Duitse schadevergoedingsrecht het uitgangspunt vormt. Op deze wijze wordt voorrang toegekend aan de bescherming van rechten en rechtsgoederen boven de bescherming van het vermogen. De 'Rechtsfortsetzungsgedanke' mag er zijns inziens niet toe leiden dat de enkele rechtsinbreuk recht geeft op schadevergoeding. De wet laat daarvoor geen ruimte nu zij schade als element noemt.¹⁴³ Schiemann, verwijt Neuner dat hij het schadevergoedingsrecht opzadelt met 'Sanktionserwägungen' die het BGB juist wilde overwinnen.¹⁴⁴

Deutsch neemt – zoals wel vaker – een eigen plaats in. Volgens hem heeft het schadevergoedingsrecht vier verschillende functies. Naast schadevergoeding (Deutsch bezigt hier de term 'Schadensabnahme') als hoofdfunctie noemt hij nog schadespreiding ('Schadensstreuung'), preventie ('Prävention') en wat hij noemt 'Garantie'.¹⁴⁵ Deze laatste functie verdient wat meer aandacht.

140 Neuner, AcP 1931, p. 305.

141 Steindorff, AcP 1959/1960, p. 456.

142 Larenz, 1987, par. 27 I, p. 425.

143 Lange, 1990, p. 11-12 en instemmend Soergel-Mertens, 1990, Vor par. 249, Rz 26. Ook Jahr, AcP 1983, p. 737 noot 78 is kritisch ten aanzien van de figuur 'Rechtsverfolgung' zoals Neuner die uitwerkte hoewel hij anders dan Lange van mening is dat ook de enkele rechtsinbreuk zonder gevolgschade (bijv. een 'Nutzungsentziehung') recht geeft op schadevergoeding. Het woord 'Schaden' in par. 823 I BGB is zijns inziens irrelevant (AcP 1983, p. 750 noot 130).

144 Staudinger-Schiemann, 1998, Vorbem par. 249, Rz 37.

145 Deutsch, JZ 1971, p. 245-246 en idem 1976, p. 68-72.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Deutsch doelt hiermee namelijk op de 'rechtsvervolgende Funktion' zoals onder andere Neuner die heeft geconstrueerd. Hij stelt haar op één lijn met de Franse gedachte van de 'garanti' (in het Duits: 'Garantie').¹⁴⁶ Deze gedachte houdt volgens Deutsch niet in dat iedere rechtsinbreuk recht geeft op schadevergoeding, maar wel dat op iedere verwijtbare inbreuk met een sanctie wordt gereageerd. Het is mogelijk dat de schadevergoedingsaanspraak als sanctie onvoldoende, is met name omdat er geen vermogensschade is geleden. In die gevallen wordt het smartengeld "in erweitertem Umfang (...) herangezogen." Dit is volgens Deutsch gebeurd in de 'Herrenreiter'-zaak.¹⁴⁷ In deze zaak kende het BGH smartengeld toe

"da ein Schutz der 'inneren Freiheit' ohne das Recht auf Ersatz auch immaterieller Schäden weitgehend, unwirksam wäre"

Daarmee is overigens niet gezegd dat Deutsch het leerstuk smartengeld geheel op de 'rechtsvervolgende Funktion' ('Garantie') baseert. De genoegdoeningsfunctie van smartengeld ziet hij namelijk als een manifestatie van de preventieve functie van het schadevergoedingsrecht.¹⁴⁸

Hoe Deutsch zich de 'rechtsvervolgende Funktion' ('Garantie') voorstelt, blijkt verder uit zijn commentaar op het arrest waarin het BGH bepaalde dat ook een comateus slachtoffer recht heeft op meer dan een symbolisch bedrag aan smartengeld.¹⁴⁹ Deutsch betreurt het dat het BGH de smartengeldaanspraak grondvest op art. 1 en 2 van de Duitse grondwet. Het had volgens hem voor de hand gelegen om te kiezen voor de 'rechtsvervolgende Funktion' als grondslag. De aanspraak op schadevergoeding treedt dan in de plaats van het geschonden rechtsgoed. De 'rechtsvervolgende Funktion' zet volgens Deutsch de 'Differenzhypothese' van Mommsen opzij die overigens slecht is toegesneden op de vergoeding van immateriële schade.¹⁵⁰

3.4 Frankrijk

376 In Frankrijk zijn naast de 'réparation' als hoofdfunctie van het aansprakelijkheidsrecht een drietal nevenfuncties erkend: preventie ('prévention'), bestraffing ('peine privée') en 'rétablissement de la légalité'.¹⁵¹ Deze laatste functie heeft veel weg van rechtshandhaving. Hieronder worden verstaan maatregelen die een einde maken aan de schadelijke situatie. Voorbeelden hiervan zijn veroordeling tot levering in het contractenrecht, bezitsacties, het 'droit de réponse', vergoeding in natura en het verbod van hinder voor de toekomst. Deze vorderingen worden ook wel aangeduid als 'condamnations non pécuniaires' of als 'restitution'.¹⁵² Deze voorbeelden doen ver-

146 Deutsch, 1976, p. 72. Dit verband legde hij nog niet in JZ 1971, p. 246. Zie voor deze Franse theorie hierna nr. 376.

147 BGHZ 26, 349, 356 (14-2-1958).

148 Deutsch, JZ 1971, p. 246, idem 1976, p. 71 en 73-74 en idem, 1996, Rz 18.

149 BGH 13-1-1992, NJW 1993, p. 781.

150 Deutsch, NJW 1993, p. 784 en idem, 1996, Rz 19.

151 Zie hiervoor nr. 342.

152 Viney, 1988, nrs. 11-13.

moeden dat deze functie slechts tot uitdrukking komt in instrumenten die de benadeelde ten dienste staan om zijn rechtspositie feitelijk te handhaven. De toewijzing van een bedrag in geld als schadevergoeding lijkt dus buiten het 'rétablissement de la légalité' te vallen.

Tunc noemt ook 'garanti' als één van de functies van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁵³ Deze functie, die door Starck ontwikkeld is, komt hier op neer dat het aansprakelijkheidsrecht de burger in zijn fysieke integriteit en in zijn zaken beschermt.¹⁵⁴ Wordt hij in één van deze twee rechten geschaad, dan is verwijtbaarheid geen voorwaarde voor aansprakelijkheid. De rechtvaardiging hiervoor is dat zonder deze bescherming de samenleving onleefbaar zou zijn. Voor aansprakelijkheid voor pure vermogensschade en immateriële schade is verwijtbaarheid van de dader wel een vereiste.

3.5 Engeland

377 Het Engelse recht kent zogenaamde 'injunctions' (bevelen) waarvan een rechtshandhavende invloed uitgaat. In het kader van het aansprakelijkheidsrecht is in de Engelse literatuur geen aparte rechtshandhavingsfunctie los van een straffunctie uitgekristalliseerd. In relatie tot 'battery', 'assault' en 'false imprisonment' — 'torts actionable per se' waarbij schade geen voorwaarde voor aansprakelijkheid is — merken Winfield en Jolowicz weliswaar op dat "(...) the law of tort is serving more as a vindicator of personal liberty than as a vehicle for compensating harm (...)", maar dit leidt niet tot verdere theorievorming.¹⁵⁵

4. De dimensie van het beweeglijk systeem van vergoeding van immateriële schade

4.1 Inleiding

378 Aan het einde van dit hoofdstuk wordt de rechtshandhavingsfunctie in een breder kader geplaatst. Aan de hand van het zogenaamde 'bewegliche System' van de Oostenrijker Wilburg wordt betoogd dat de rechtshandhavingsfunctie prima past in het systeem van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

In nr. 379 staat het 'bewegliche System' als zodanig centraal; in nr. 380 wordt een verband gelegd tussen het aansprakelijkheidsrecht, de rechtshandhavingsfunctie en vergoeding van immateriële schade. Nr. 381 bevat een conclusie.

153 Tunc, 1983, nrs. 177-178.

154 Zie Starck, 1947 en voor een samenvatting ook Starck, Roland, Boyer, 1996, nrs. 61-94.

155 Winfield & Jolowicz, 1998, p. 63. Vgl. Weir, 1992, p. 6 en idem, 1996, p. 17. Zie voor het overige hiervoor nr. 344.

4.2 Het 'bewegliche System' van Wilburg

379 Wilburg heeft zijn theorie van het 'bewegliche System' in 1941¹⁵⁶ ontwikkeld als reactie op de problemen waarvoor de aansprakelijkheid buiten schuld¹⁵⁷ juristen stelde.¹⁵⁸ Toen schuld geen dienst meer kon doen als dragende verklaring voor aansprakelijkheid, gingen juristen op zoek naar een nieuwe grondslag. Het bleek echter moeilijk om één overtuigende grondslag te vinden voor zowel schuldaansprakelijkheid als aansprakelijkheid buiten schuld.¹⁵⁹

Volgens Wilburg is de zoektocht naar de allesomvattende grondslag, naar dat ene overkoepelende principe, tot mislukken gedoemd. In plaats daarvan formuleert hij zijn 'bewegliche System'. Dit komt erop neer dat hij het aansprakelijkheidsrecht tot vier 'Elemente'¹⁶⁰ reduceert.¹⁶¹ Of in een bepaald geval aansprakelijkheid bestaat, hangt van een combinatie van twee factoren af.¹⁶² In de eerste plaats van de vraag *welke* elementen zijn vervuld. In de tweede plaats van *de mate waarin* die elementen zijn vervuld. De elementen zijn dus geen vereisten aan elk waarvan voldaan moet zijn wil aansprakelijkheid worden aangenomen. Het is mogelijk dat slechts twee elementen zijn vervuld. De mate waarin aan die twee elementen is voldaan, kan vervolgens het onvervuld zijn van de andere elementen *compenseren*. In de benadering van Wilburg is dus geen sprake van denken in termen van 'als X dan rechtsgevolg Y'; zij valt te kenschetsen met behulp van het schema 'hoe meer van X, des te eerder rechtsgevolg Y'.¹⁶³

Het systeem van Wilburg is *bewegelijk* omdat het ene element het andere kan vervangen; het is een *systeem* omdat het aantal elementen vastligt. In dit laatste opzicht onderscheidt het 'bewegliche Systeem' zich van stromingen die de rechter in het kader van de billijkheid toestaan met alle omstandigheden van het geval rekening te houden. Het is dan ook onterecht om aanhangers van de rechtsvindingsleer van Wilburg te verwijten dat zij de rechtszekerheid als na te streven waarde laten vallen en zich laten leiden door alle omstandigheden van het geval.¹⁶⁴

156 Wilburg, 1941. Zie verder met name Wilburg, 1950 en idem, AcP 1963/1964, p. 346-379.

157 Ofwel risico-aansprakelijkheid.

158 Zijn benadering heeft hij echter ook buiten het gebied van het schadevergoedingsrecht toegepast, zie Wilburg, 1950 en idem, AcP 1963/1964, p. 346-379.

159 Risico-aansprakelijkheid leidde niet alleen in Duitsland tot dogmatische problemen. Van de vele grondslagenstudies noem ik slechts voor Frankrijk Starck, 1947 en voor Nederland Scholten, 1899.

160 Wilburg spreekt soms ook van 'bewegende Kräfte'. Andere gebruikte termen zijn 'Gesichtspunkte', 'Kriterium', 'Prinzip' en 'Grundsatz', zie Westerhoff, 1991, p. 18. In het navolgende houd ik mij aan het begrip element.

161 Deze elementen zijn door inductie verkregen uit de jurisprudentie, literatuur en rechtsvergelijking, zie Bydlinski, 1982, p. 532.

162 Bydlinski, 1982, p. 536 heeft het dan ook over 'kombinatorische Auslegung'.

163 Men spreekt daarom wel van 'komparative Sätze', zie Bydlinski, 1982, p. 531. Steininger, 1986, p. 2 verbindt het 'als dan-denken' met de traditionele mechanistisch wereldbeeld van Descartes en Newton, terwijl hij een parallel trekt tussen het denken van Wilburg en het moderne wereldbeeld waarin systeemdenken centraal staat.

164 Bydlinski, 1982, p. 532.

De vier elementen die Wilburg noemt, zijn: 1) 'Inanspruchnahme' van een andere rechtssfeer door inbreuk ('Eingriff') of bedreiging ('Gefährdung'), 2) veroorzaking van de schade door omstandigheden afkomstig uit de sfeer van de veroorzaker, 3) het verwijtbaar bestaan van een 'Mangel' in de sfeer van de aansprakelijke persoon en 4) de draagkracht van de aansprakelijke persoon of de mogelijkheid zich tegen aansprakelijkheid te verzekeren. Deze vier elementen bepalen niet alleen het *bestaan* van aansprakelijkheid, maar ook de *omvang* van de schadevergoedingsverplichting.¹⁶⁵

Latere aanhangers van een beweeglijk systeem hebben andere elementen geïdentificeerd¹⁶⁶, maar het *principe* van een beweeglijk systeem heeft school gemaakt en is gebruikt met betrekking tot verschillende juridische problemen.¹⁶⁷ De theorie van Wilburg heeft zich een vaste plaats verworven in de rechtstheorie¹⁶⁸ — Canaris spreekt zelfs van één van de belangrijkste juridische ontdekkingen.¹⁶⁹

Uit het voorgaande volgt dat het beweeglijk systeem in wetstechnisch opzicht een plaats inneemt tussen vaste toepassingsvoorwaarden ('feste Tatbestände') enerzijds en open normen ('Generalklauseln') anderzijds.¹⁷⁰ Zoals Canaris mooi uiteenzet, spruiten uit het gebod van gerechtigheid twee tendensen voort: een generaliserende en een individualiserende. De kracht, en tevens de zwakte, van het beweeglijk systeem is dat beide tendensen aan hun trekken komen. De generaliserende doordat het aantal elementen vastligt; de individualiserende doordat afhankelijk van de omstandigheden van het geval een andere 'mix' van elementen voldoende is voor het intreden van rechtsgevolgen. Voor bepaalde rechtsgebieden staat rechtszekerheid voorop en is het beweeglijk systeem niet toepasbaar. Soms is het ook mogelijk door een veelheid aan precieze normen tegemoet te komen aan de eis van individuele gerechtigheid. Soms daarentegen is een open norm onvermijdelijk. De wetgever moet zich daarom van alle drie de methoden van wetgeving bedienen.¹⁷¹

165 Wilburg, 1941, p. 250.

166 Zo onderscheidt bijvoorbeeld Westerhoff, 1991, p. 38-48: 1) voor- en nadelen, 2) toestemming, 3) vergelding voor verwijtbaar handelen en 4) verplichting uit sociale betrekkingen (bijvoorbeeld huwelijk of een vertrouwensband).

167 Bydlinski, 1982, p. 531 noot 336, noemt Canaris, Die Vertrauenshaftung, 1971, p. 302 e.v.; Schilcher, Erbrecht und bewegliches System, JBl 1977, p. 57; Korinek, Der gewerberechtliche Industriebegriff nach Wilburgs beweglichem System, FS Wilburg 1975, p. 163; Mayer-Maly in Münchener Kommentar zum BGB I (1978), p. 834 e.v. (concretisering van het begrip 'guten Sitten'); Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäfts en van dezelfde auteur Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980) 1 e.v.; Tomandl, Bemerkungen zum Witwerpensions-Erkenntnis des VfGH, ZAS 1980, p. 209 (concretisering van het gelijkheidsbeginsel) en Bender, Das "Sandhaufentheorem", GedS Rüdiger 1978, p. 34 e.v. Zie ook de vele verwijzingen bij Westerhoff, 1991, p. 15 noot 5.

168 Zie onder meer Bydlinski, 1982, p. 529-543; Canaris, 1983, p. 74-85 en Westerhoff, 1991.

169 Canaris, 1983, p. 85. Van het feit dat de theorie van Wilburg nog steeds onverminderd in de belangstelling staat, getuigen onder meer twee symposia uit 1986 en 1998, zie Bydlinski, Krejci, Schilcher, Steininger, 1986 en Schilcher, Koller, Funk, 2000.

170 Bydlinski, 1982, p. 533 en Canaris, 1983, p. 82.

171 Canaris, 1983, p. 83-84.

4.3 Aansprakelijkheidsrecht als beweeglijk systeem, rechtshandhaving en vergoeding van immateriële schade

380 Met betrekking tot het Duitse privaatrecht merkt Canaris op dat dit in principe onbeweeglijk is. Desalniettemin zijn er wel beweeglijke systeemdelen. Par. 254 BGB (eigen schuld) dat het alles-of-niets-principe doorbreekt, is daarvan een voorbeeld. In het kader van deze bepaling worden verschillende factoren tegen elkaar afgewogen waarbij de ene factor de andere kan vervangen. In plaats van persoonlijke eigen schuld kan ook een gevaar dat inherent is aan het bedrijf van de benadeelde aan hem worden toegerekend. Een geringe mate van persoonlijke schuld wordt 'gecompenseerd' door een verhoogd bedrijfsgevaar. Voorts zijn niet alle omstandigheden van het geval relevant. De rechter mag bijvoorbeeld geen rekening houden met 'Familienstand' of met de 'Staatsangehörigkeit' van de benadeelde.¹⁷²

Een ander voorbeeld van een beweeglijk systeemdeel levert Bydlinski. Stel dat iemand die door een onrechtmatige daad blijvend fysiek letsel heeft opgelopen, zelfmoord pleegt. Valt dit nog toe te rekenen aan de pleger van de onrechtmatige daad? Volgens Bydlinski is deze vraag onmogelijk te beantwoorden aan de hand van het voorzienbaarheids(adequatie)criterium¹⁷³: "Dieser Begriff ist eben nicht präziser als er ist."¹⁷⁴ De enige wijze om tot een oplossing te komen, is door andere gezichtspunten in de afweging te betrekken, bijvoorbeeld: handelde de pleger van de onrechtmatige daad opzettelijk? Om in termen van het beweeglijk systeem van Wilburg te spreken: naast het tweede element (kortweg 'Verursachung'), dient het derde element (kortweg 'Verschulden') een rol te spelen.¹⁷⁵

Het Nederlandse privaatrecht kent ook beweeglijke systeemdelen. Ten aanzien van art. 6:101 BW geldt hetzelfde als Canaris hierboven met betrekking tot de Duitse eigen schuld-bepaling (par. 254 BGB) stelde. De wijze waarop Bydlinski met behulp van het beweeglijk systeem de juridische causaliteit benadert, komt in wezen neer op de door Köster¹⁷⁶ verdedigde en thans in art. 6:98 BW neergelegde toerekening naar redelijkheid. Binnen de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 lid 2 BW lijkt Van Dam een beweeglijk systeem geconstrueerd te hebben. Of iemand zich zorgvuldig heeft gedragen wordt volgens Van Dam bepaald aan de hand van zes elementen. Vier daarvan zien op het gedrag: de aard en de omvang van de schade, de waarschijnlijkheid van de schade, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.¹⁷⁷ Twee elementen hebben betrekking op de persoon¹⁷⁸: kennen (verstandelijk aspect) en kunnen (fysiek aspect).¹⁷⁹ Deze opsomming van elementen

172 Canaris, 1983, p. 78-79.

173 Naar Oostenrijks recht is hier par. 1295 ABGB van toepassing.

174 Bydlinski, 1982, p. 536.

175 Zie over de toepassingsmogelijkheden van het beweeglijk systeem met betrekking tot andere causaliteitsproblemen ook Bydlinski, 1964, met name p. 56, 62 en 75-76.

176 Köster, 1963. Zie verder Van Schellen, 1972 en 1985 en Brunner, VR 1981, p. 210-217 en 233-236.

177 Van Dam 1989, hoofdstuk 8 en idem, 2000, hoofdstuk 8.

178 Van Dam 1989, hoofdstuk 9 en idem, 2000, hoofdstuk 9.

179 Het onderscheid tussen de vier gedragselementen en de twee personelementen is overigens niet hard. Het is een werkonderscheiding. Van Dam is uiteindelijk zelfs tegen het maken van een onderscheid tussen de schuld en onrechtmatigheid. Zie Van Dam 1989, nrs. 76 en 140-141.

krijgt het karakter van een systeem. Hoewel hij niet met zoveel woorden zegt dat deze zes elementen limitatief zijn, maakt hij ook niet heel duidelijk ruimte voor andere elementen door bijvoorbeeld te zeggen dat de rechter buiten deze zes elementen altijd acht dient te slaan op de overige omstandigheden van het geval.¹⁸⁰ De beweeglijkheid heeft vooral betrekking op de vier gedragselementen. Van Dam stelt dat zij met elkaar in open verbinding staan en er derhalve sprake is van communicerende vaten.¹⁸¹

Niet alleen de zorgvuldigheidsnorm, maar de gehele regeling van de onrechtmatige daad vormt mijns inziens een beweeglijk systeem. Voor aansprakelijkheid is niet altijd noodzakelijk dat aan elk van de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Toerekening, onrechtmatigheid, schade en causaal verband zijn derhalve geen harde vereisten, maar elementen in een beweeglijk systeem.

Allereerst de toerekening: de drempel voor dit element is soms zo laag dat het in bepaalde gevallen geëcarteerd lijkt. Illustratief is de radicale objectivering van de toerekeningsgrond schuld zoals blijkt uit Overstekende Ree-arrest.¹⁸² Om een plotseling overstekende ree te ontwijken, bracht een automobilist bij wijze van impulsieve reactie zijn auto naar de linker weghelft – waar het tegemoetkomende verkeer reed. Daar vond een frontale botsing plaats waarbij twee mensen omkwamen en vier anderen zwaar gewond raakten. De Hoge Raad ziet toch kans toe te rekenen op grond van schuld door de overwegen dat “hoezeer zijn reactie op de plotselinge kritieke situatie menselijkerwijs ook begrijpelijk moge zijn (...)” niet kan worden geoordeeld dat hem “rechtens geen enkel verwijt valt te maken.” De door deze vergaande objectivering van het schuldbegrip veroorzaakte aansprakelijkheid van de automobilist wordt wel verklaard uit het feit van de verplichte verzekering.¹⁸³

In geval van een naderhand door de bestuursrechter vernietigde beschikking komt toerekening als vereiste ook vrijwel geheel te vervallen. De Hoge Raad heeft immers bepaald dat met de vernietiging door de bestuursrechter niet enkel de onrechtmatigheid van de beschikking vaststaat, maar tevens in beginsel de toerekenbaarheid. Dit geldt ook indien de bestuursrechter in zijn uitspraak waarin hij de beschikking vernietigt, uitgaat van een rechtsopvatting die ten tijde van het nemen van de beschikking voor het overheidslichaam onvoorzienbaar was en waarmee dit lichaam geen rekening behoeft te houden.¹⁸⁴

180 Van Dam 1989, nr. 79 schrijft dat “Globaal passen vrijwel alle voorgestelde elementen in de Engelse indeling (...). Omdat de vier elementen in Engeland (en in de Verenigde Staten) bovendien het verste zijn ontwikkeld, is het gerechtvaardigd om voor deze elementen te kiezen (...)” (volgen de vier al genoemde gedragselementen, AJV).

181 Van Dam 1989, nr. 79.

182 HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

183 Zie met verwijzingen Van Dam, 1989, nrs. 114 en 171.

184 Zo overwoog HR 26 september 1986, NJ 1987, 253, nt. MS (Hoffmann La Roche): “Deze enkele omstandigheid staat er immers niet aan in de weg dat de gevolgen van een zodanige uitspraak voor rekening van het overheidslichaam (lees:) komen, en doet derhalve niet af aan de in beginsel gegeven schuld van dit lichaam.” Zie verder HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90, nt. MS; HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112, nt. CJHB; HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, nt. CJHB; HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164; HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150, nt. CJHB en HR 29 april 1994, NJ 1997, 396. De Hoge Raad rechtvaardigt deze jurisprudentie door te stellen dat het in het algemeen redelijker is om de schade ten laste van de collectiviteit dan ten laste van het individu te brengen (HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, nt. CJHB).

Ook de onrechtmatigheid is soms geen vereiste voor aansprakelijkheid. Art. 6:162 BW vormt dan de grondslag voor schadevergoeding wegens rechtmatige daad. De drie paradigmatische situaties zijn het ten uitvoer leggen van een kort-gedingvonnis dat later in een bodemprocedure wordt vernietigd¹⁸⁵, het achteraf onterecht gelegde conservatoir beslag¹⁸⁶ en politieoptreden ten opzichte van iemand die later onschuldig blijkt te zijn.¹⁸⁷ In al deze gevallen is het onrechtmatige karakter van de gedraging van de schadeveroorzaker flinterdun. Hij beschikt immers op het moment van handelen over een geldige juridische grondslag. Hij is echter toch aansprakelijk omdat hij op het moment van handelen rekening moet houden met de mogelijkheid dat deze juridische grondslag achteraf ongeldig kan blijken. Zijn schuld bestaat louter in het handelen ondanks het bestaan van deze mogelijkheid.¹⁸⁸

Tenslotte zijn soms het conditio sine qua non-verband en daarmee de aanwezigheid van schade¹⁸⁹ geen noodzakelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid. Deze vereisten worden immers losgelaten bij aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid.¹⁹⁰ Proportionele aansprakelijkheid is door de Nederlandse rechter in een aantal situaties aangenomen.¹⁹¹ Een ander voorbeeld is de abstracte berekening van schade. Daarbij wordt op de koop toe genomen dat de benadeelde meer dan zijn werkelijke schade krijgt vergoed. Kritisch is hierover met name Deurvorst die van mening is dat

NJ 1993, 112, nt. CJHB; HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, nt. CJHB; HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164; HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150, nt. CJHB en HR 29 april 1994, NJ 1997, 396. De Hoge Raad rechtvaardigt deze jurisprudentie door te stellen dat het in het algemeen redelijker is om de schade ten laste van de collectiviteit dan ten laste van het individu te brengen (HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113, nt. CJHB).

185 HR 16 november 1984, NJ 1985, 547, nt. WHH en LWH.

186 HR 15 april 1965, NJ 1965, 331, nt. DJV; HR 25 januari 1991, NJ 1992, 321 en HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, nt. CJHB.

187 HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, nt. CJHB; HR 23 november 1990, NJ 1991, 92 en HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761. Het oordeel of een aanvankelijk bestaande rechtvaardiging voor het politieoptreden is blijven voortbestaan kan uitsluitend worden gebaseerd op de stukken van het strafproces. Het enkele feit dat de strafrecht niet tot een bewezenverklaring is gekomen van het strafbare feit betekent niet dat de aanvankelijk bestaande rechtvaardiging voor het optreden is komen te vervallen. De constructie is dus dat geen schadevergoeding wordt toegekend, tenzij de onschuld van de benadeelde blijkt. Zie HR 23 december 1994, NJ 1995, 512, C; HR 23 december 1995, NJ 1996, 301 en Van Maanen/De Lange, 2000, p. 155-157 met verdere verwijzingen.

188 Ondanks een vurig pleidooi van waarnemend A-G Bloembergen voor erkenning van aansprakelijkheid voor rechtmatige daad heeft de Hoge Raad in een geval betreffende politieoptreden toch art. 6:162 BW als aansprakelijkheidsgrondslag gekozen, zie HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794, nt. CJHB. Deze jurisprudentie en de hierboven vermelde gevallen waarin een overheidslichaam aansprakelijk is voor een later vernietigde beschikking kunnen enigszins bij elkaar in de buurt komen te liggen. Een voorbeeld geeft HR 29 april 1994, NJ 1997, 396, nt. MS waarin iemand die een bouwvergunning heeft verkregen en ondanks het feit dat buurtbewoners hiertegen in beroep gaan alvast begint te bouwen. Wordt de vergunning uiteindelijk vernietigd, dan is de bouwer geheel aansprakelijk voor de schade die hij lijdt doordat hij het inmiddels gebouwde moet afbreken.

189 Akkermans, 2000, p. 90-91.

190 Zie uitvoerig hierover Akkermans, 1997.

191 Zie met name Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213; HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, nt. PAS; Rb Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41; Rb Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406.

het hanteren van een abstract schadebegrip¹⁹² leidt tot het fingeren van de schade.¹⁹³

4.4 Conclusie

381 Het geheel overziend, is het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht als een beweeglijk systeem te beschouwen. Geen van de elementen van art. 6:162 BW (toerekening, onrechtmatigheid, conditio sine qua non-verband en schade) vormt een hard vereiste voor aansprakelijkheid. Onder bepaalde omstandigheden kan elk van deze elementen praktisch komen te vervallen.

De relevantie van dit inzicht is dat toekenning van smartengeld krachtens de rechtshandhavingfunctie mijns inziens als een manifestatie van het beweeglijk systeem kan worden gezien. Bij de schending van persoonlijkheidsrechten is er immers geen sprake van objectiveerbare en derhalve te verifiëren schade. Hierboven is om die reden betoogd dat schade als vereiste van aansprakelijkheid in wezen is komen te vervallen.¹⁹⁴ Er is slechts sprake van een rechtsinbreuk. Dat toch smartengeld wordt toegekend heeft niets te maken met de concrete aanwezigheid van smart of leed, maar is een normatieve beslissing. De praktische ecartering van het vereiste 'schade' op grond van normatieve overwegingen valt theoretisch te verklaren aan de hand van de theorie van het beweeglijk systeem. In het volgende hoofdstuk zal ik aan de hand van de rechtshandhavingfunctie een aantal gezichtspunten formuleren met behulp waarvan de rechter kan beslissen of in een concreet geval smartengeld ter rechtshandhaving kan worden toegekend.¹⁹⁵ Deze gezichtspunten vormen op hun beurt – evenals de gezichtspunten van art. 6:98 BW – ook weer een beweeglijk systeem.¹⁹⁶ Er is dus sprake van een beweeglijk systeemdeel binnen een beweeglijk systeem.

192 Zij contrasteert een abstract schadebegrip met abstracte schadeberekening. Het verschil is dat in het laatste geval tegenbewijs wel is toegestaan.

193 Deurvorst, NTBR 1996, p. 37-41. Kritisch over de rechtspraak van de Hoge Raad ook Van Dunné, 1997, p. 564-570 en – met betrekking tot HR 27 september 1985, NJ 1986, 212 (Meerstool II) – annotator Van der Grinten en Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 417. Zie over het Nederlands privaatrecht en het beweeglijke systeem verder Schrage, 2000, p. 303-310.

194 Zie nrs. 357 en 359.

195 Zie nrs. 382-391.

196 Larenz/Canaris, 1994, par. 80 III, p. 518 brengt de concretisering van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' met betrekking tot 'informationelle Selbstbestimmung' terloops in verband met het 'bewegliche System' van Wilburg.

Hoofdstuk XI

CONSEQUENTIES VAN RECHTSHANDHAVING

1. Inleiding

382 In het vorige hoofdstuk is de rechtshandhavingsfunctie als zodanig behandeld (aan de orde kwamen onder andere welke plaats zij inneemt ten opzichte van het schadevergoedingsrecht en wat de verhouding is tussen de begrippen rechtshandhaving, compensatie en straf). In dit hoofdstuk komen de consequenties van de rechtshandhavingsfunctie aan de orde voor de bepaling van de *gevallen* waarin immateriële schade wordt vergoed, voor de *hoogte* van het smartengeld en voor de *bijzondere regels* die het geldende recht stelt aan de vordering tot smartengeld (met name art. 6:106 lid 2 BW dat bijzondere vereisten stelt aan de overgang van en het beslag op de smartengeldvordering).

Ter bepaling van de *gevallen* waarin de rechtshandhavingsfunctie ex art. 6:106 lid 1 sub b BW recht geeft op vergoeding van immateriële schade formuleer ik in paragraaf 2 (nrs. 383-391) eerst een aantal gezichtspunten. Vervolgens geef ik aan of op basis daarvan voor een aantal concrete gevallen recht op vergoeding van immateriële schade mogelijk is (paragraaf 3, nrs. 392-410). Paragraaf 4 (nrs. 411-414) behandelt de consequenties van de rechtshandhavingsfunctie voor de hoogte van smartengeld. De vraag welke consequenties de rechtshandhavingsfunctie dient te hebben voor de bijzondere regels die thans gelden voor de vordering tot smartengeld, komt in paragraaf 5 (nrs. 415-418) aan de orde. Nadat aldus een beter inzicht is verkregen in de gevolgen die de hier verdedigde rechtshandhavingsfunctie mijns inziens dient te hebben, zet ik ter afsluiting de voordelen van de rechtshandhavingsfunctie op een rij (paragraaf 6, nr. 419).

2. Gezichtspunten ter bepaling van de vraag of recht op smartengeld dient te bestaan

2.1 Inleiding

383 Hoe dient de rechter te bepalen of op basis van de rechtshandhavingsfunctie recht op vergoeding van immateriële schade dient te bestaan wegens een persoonsaantasting (art. 6:106 lid 1 sub b BW)? Uitgangspunt is dat de beslissing om krachtens de rechtshandhavingsfunctie smartengeld toe te kennen normatief en niet feitelijk is. De rechter dient *niet* – eventueel met behulp van psychologisch of psychiatrisch onderzoek – vast te stellen of de benadeelde een bepaalde mate van leed heeft ervaren, bijvoorbeeld als gevolg van een Post Traumatische Stress Stoornis. Hij moet beoordelen of het vanuit het perspectief van rechtshandhaving *wenselijk* is dat een recht op smartengeld bestaat. Bij dit normatieve oordeel spelen verscheidene gezichtspunten (overwegingen, factoren) een rol. In zoverre is de afweging van de rechter te vergelijken met die welke hij moet maken in het kader van de juridische causaliteit (art. 6:98 BW). In deze paragraaf volgt een overzicht van de gezichtspunten op grond waarvan de rechter dient te besluiten of hij op grond van de rechtshandhavingsfunctie vergoe-

ding voor immateriële schade wenselijk acht.¹ Tussen deze gezichtspunten bestaat in zoverre hiërarchie dat rechtshandhaving een te handhaven recht veronderstelt. Het eerste hierna in nr. 384 te bespreken eerste gezichtspunt impliceert het bestaan van een te handhaven recht en is vanuit dat oogpunt daarom van essentieel belang.²

Bij de uiteenzetting van een gezichtspunt wordt steeds teruggegrepen op de in Deel I behandelde gevallen waarin de toekenning van smartengeld niet goed te verklaren was met de compensatiefunctie. Bedoeld zijn derhalve de vergoeding van immateriële schade aan een bewusteloos slachtoffer (Hoofdstuk III, nrs. 68-91), wegens affectieschade (Hoofdstuk V, nrs. 159-221), wegens aantasting van de privacy en eer en goede naam (Hoofdstuk VI, nrs. 222-284) en wegens onnodig trage schadeafwikkeling door een verzekeraar (Hoofdstuk VII, nrs. 285-318).

Alvorens over te gaan tot formulering van de gezichtspunten is een opmerking op zijn plaats over de wijze waarop deze mijns inziens in de rechtspraktijk gebruikt zouden moeten worden. Het is niet zo dat de rechter alleen mag overgaan tot de toekenning van smartengeld indien *alle* gezichtspunten in die richting wijzen. De hieronder gepresenteerde gezichtspunten vormen geen lijst van criteria waaraan voldaan *moet* zijn. Het zijn niet meer dan argumenten of positieve indicaties voor de wenselijkheid van toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving. Een beperkt aantal gezichtspunten kan dus voldoende zijn ter onderbouwing van de toekenning van smartengeld. De rechter is dan van oordeel dat een aantal gezichtspunten zo zwaar weegt dat de toekenning van smartengeld wenselijk is, ook al pleiten andere gezichtspunten niet voor vergoeding van immateriële schade.³ De hierna te formuleren gezichtspunten vormen met andere woorden een beweeglijk systeem.⁴ Dit maakt een zekere mate van rechtspolitieke keuzevrijheid onvermijdelijk. Op voorhand is niet te zeggen hoe de rechter in een bepaald geval de hieronder behandelde gezichtspunten zal wegen. Evenals bij de toepassing van het in dit opzicht vergelijkbare art. 6:98 BW zal het enige tijd kosten voordat de jurisprudentie is uitgekristalliseerd.

2.2 Eerste gezichtspunt: aard van het geschonden recht

384 Een eerste relevant gezichtspunt is de aard van het recht waarop inbreuk is gemaakt. De hoge juridische status van een recht kan dit een dusdanig gewicht geven dat rechtshandhaving wenselijk is. Te denken valt hier in de eerste plaats aan in de grondwet en in verdragen neergelegde grond- en mensenrechten en in de tweede plaats aan niet gepositieerde fundamentele rechten.

1 Sommige aanhangers van de compensatiefunctie komen ook tot een gezichtspunten-benadering, zie Lindenberg, 1998, p. 155-157. Hij noemt als gezichtspunten de ernst van de schending, de gevolgen van de gedraging en de wijze van schenden. In TVPr 1999, p. 1696 acht hij ook van belang of de immateriële schade op andere wijze dan door de toekenning van smartengeld kan worden goedge maakt (bijvoorbeeld door een rectificatie).

2 Het belang van een te handhaven recht blijkt vooral bij de problematiek van 'wrongful life', zie hierna nr. 398.

3 In theorie zou de beslissing om smartengeld toe te kennen dus ook op één enkel gezichtspunt zijn te baseren, maar in de praktijk zal dit waarschijnlijk niet vaak voorkomen.

4 Zie hiervoor nr. 359.

Een preliminaire vraag betreft hier de horizontale werking. Handhaving van grondrechten tussen burgers veronderstelt dat grondrechten horizontale werking hebben. De staatsrechtelijke literatuur betreffende de problematiek van de horizontale werking is omvangrijk en de meningen zijn verdeeld.⁵ Voor een belangrijk gedeelte betreft de discussie de vraag of grondrechten *direct* in horizontale verhoudingen doorwerken of dat ze slechts *indirecte* werking hebben. In het eerste geval zou de beperking van het grondrecht slechts te funderen zijn op de in beperkingsclausules vermelde gronden.⁶ In het laatste geval hebben grondrechten slechts invloed op de wijze waarop open normen zoals de maatschappelijke zorgvuldigheid en de redelijkheid en billijkheid worden uitgelegd.⁷

In het kader van dit onderzoek wil ik grotendeels voorbij gaan aan de vragen die verbonden zijn met de horizontale werking van grondrechten. Voldoende is te constateren dat grondrechten tussen burgers werken. Aan de hand van welke criteria de rechter tot de slotsom komt dat sprake is van een inbreuk doet hier verder niet ter zake. Betoogd is slechts dat als hij een inbreuk constateert, dit op grond van de rechtshandhavingfunctie een argument oplevert om smartengeld toe te kennen.

Uit het rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat in een aantal gevallen waarin een recht op smartengeld bestaat, het smartengeld dient ter handhaving van een grondrecht. Te denken valt in de eerste plaats aan een inbreuk op de privacy en aan een

5 Dit is mede een gevolg van het feit dat de regering bij de grondwetsherziening niet van een eenduidig begrip 'horizontale werking' uitging. Enerzijds omschreef zij horizontale werking als de werking van grondrechten tussen burgers onderling, anderzijds ging zij uit van een glijdende schaal volgens welke grondrechten in relaties tussen burgers meer of minder ver konden doorwerken. Zie Kortmann, 1997, p. 352. Verhey, 1992, p. 188 concludeerde dat de glijdende schaal als zodanig niet in de jurisprudentie van de Hoge Raad is terug te vinden. Verder is opgemerkt dat het begrip 'horizontale werking' niet duidelijk is, omdat het begrip 'werking' geen juridische term is. Volgens De Lange, 1994, p. 35 houdt werking het midden tussen gelding en invloed en ziet zo op een veelheid van rechtsfiguren die juridisch-dogmatisch beter uit elkaar hadden kunnen worden gehouden. Zie voor een historisch overzicht van de problematiek van de horizontale werking Burkens, 1989, p. 166-171 en voor een weergave van de grondwetsherziening van 1983 zie Verhey, 1992 hoofdstuk 3.

6 Een voorbeeld hiervan is HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, nt. EJD (het Parool had Van Gasteren beschuldigd van roofmoord op een Joodse onderduiker tijdens de Tweede Wereldoorlog) waarin de Hoge Raad direct toetste aan de in art. 10 lid 2 EVRM genoemde beperkingsgronden van de vrijheid van meningsuiting. Zie voor een aanzet daartoe HR 21 oktober 1994, NJ 1994, 346, nt. CJHB (Landelijke Vereniging Blijf van m'n Lijf stelt vordering in omdat een foto-reportage inspireert tot geweld tegen vrouwen respectievelijk omdat daarin geweld jegens vrouwen als aantrekkelijk wordt voorgesteld). Zie over de jurisprudentiële ontwikkeling De Bock, Mediaforum 1996, p. 56-60 en Schuijt, Informatierecht/A-MI 1996, p. 23-30.

7 Belangrijk argument tegen directe werking is dat grondwettelijke beperkingsclausules niet zijn toegesneden op de beperking van grondrechten in horizontale verhoudingen, vgl. onder meer Kortmann, 1997, p. 353 en Burkens, 1989, p. 183 die verder opmerkt dat de beperkingsclausules publiekrechtelijk georiënteerd zijn en derhalve niet zijn afgestemd op de partij-autonomie die ten grondslag ligt aan privaatrechtelijke verhoudingen. Gevolg is dat de rechter aan de beperkingsclausules van grondrechten geen beslissingscriteria kan ontleen. Om dit probleem te omzeilen, zal hij geneigd zijn om grondrechten restrictief te interpreteren. Dit heeft weer invloed op de wijze waarop grondrechten in de verticale relatie worden geïnterpreteerd. Horizontale werking van grondrechten leidt aldus tot erosie van grondrechten. Akkermans, Bax en Verhey, 1999, p. 43 zijn minder negatief maar wijzen wel op de spanning die in horizontale verhoudingen kan ontstaan tussen fundamentele rechten als de testeer- en contractsvrijheid en andere grondrechten. Zie over de problematiek van de horizontale rechten verder Asser-Hartkamp 4-II, 2001, nr. 45a; Biesheuvel 1986; Maris, 1969; Van der Pot/ Donner, 1995, p. 219-224; Verhey, 1992.

aantasting van de eer en goede naam.⁸ Een ongeluk waarbij iemand in coma raakt, vormt een inbreuk op de fysieke integriteit.⁹ Vergoeding van affectieschade is in de Duitse literatuur wel in verband gebracht met de grondwettelijke bescherming van 'Ehe und Familie' (Art. 6 GG).¹⁰ Zelfs de toekenning van smartengeld wegens vertraging in de schadeafwikkeling door een verzekeraar is in één uitspraak (mede) gebaseerd op Art. 20 I en 28 I GG waarin het principe van de sociale rechtsstaat is neergelegd.¹¹ Dit principe bracht volgens de rechter mee dat misbruik van economische macht moet worden tegengegaan.

Meer in het algemeen kan worden gewezen op de overeenkomsten die bestaan tussen mensenrechten en persoonlijkheidsrechten. Hoewel deze rechten binnen verschillende relaties werken – mensenrechten zijn vooral toegesneden op bescherming tegen de staat, terwijl persoonlijkheidsrechten zien op de relaties tussen burgers onderling – beschermen zij voor een belangrijk deel toch dezelfde belangen.¹² Het bestaan van een mensenrecht kan dus een indicatie zijn voor het belang dat gehecht wordt aan de bescherming een bepaald aspect van de mens. Bescherming van dit aspect in horizontale verhoudingen door middel van een vordering tot smartengeld kan dan wenselijk zijn. In Duitsland is de privaatrechtelijke bescherming van de persoonlijkheid door middel van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' zelfs direct afgeleid uit de grondwettelijke bescherming van het individu. Anders dan in Nederland staat vast dat een inbreuk op het algemene persoonlijkheidsrecht – in principe, dat wil zeggen indien aan de daarvoor geldende vereisten is voldaan – recht geeft op smartengeld.¹³ De Hoge Raad heeft zich vooralsnog beperkt tot erkenning van het algemeen persoonlijkheidsrecht als een ongeschreven 'supergrondrecht' dat aan een aantal gepositieerde grondrechten ten grondslag ligt.¹⁴

Niet alleen gepositieerde grond- of mensenrechten leveren een argument voor rechtshandhaving door middel van het verlenen van een aanspraak op smartengeld. Er zijn immers ook fundamentele rechten die niet zijn gepositieerd. In de eerste plaats vormen de gepositieerde grondrechten geen uitputtende catalogus van alle waarden die in de huidige samenleving van belang worden geacht. De klassieke grondrechten zijn de weerslag van concreet gevoelde behoeften.¹⁵ Bovendien zijn de grondrechten oorspronkelijk geschreven tegen machtsmisbruik van de zijde van de staat. Niet ondenkbaar is dus dat er heel fundamentele waarden zijn die niet uitdrukkelijk (grond)wettelijk zijn vastgelegd en waarvan verdedigbaar is dat de schending

8 Zie hiervoor nrs. 222-284 (Hoofdstuk VI). Alleen in Engeland wordt de privacy stiefmoederlijk beschermd. De privacy wordt beschermd door artt. 10, 11 en 12 GW, art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR. De eer en goede naam worden beschermd door art. 17 IVBPR.

9 Zie hiervoor nrs. 68-91 (Hoofdstuk III).

10 Zie hiervoor nr. 161. In Nederland lijkt de Hoge Raad echter niet van zins om deze materie in deze sleutel te plaatsen. In HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 nt. ARB (baby Joost) werd de overweging van het Hof dat ernstig fysiek letsel van een kind geen inbreuk vormde op het recht op 'family life' (art. 8 EVRM) gesanctioneerd, zie hiervoor nr. 174.

11 OLG Karlsruhe/Freiburg 2-11-1972, NJW 1973, p. 851, Anm. Roth-Stielow NJW 1973, p. 1503, zie hiervoor nrs. 287-290.

12 Zie hiervoor nr. 60.

13 BGHZ 26, 349 (14-2-1958), zie hiervoor nr. 19.

14 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, nt. WH-S, zie hiervoor nrs. 27 en 29.

15 Burkens, 1989, p. 180.

recht dient te geven op vergoeding van immateriële schade. Hierbij komt dat fundamentele waarden ook te vinden zijn in het burgerlijk recht. Niet voor niets merken Akkermans, Bax en Verhey met betrekking tot de horizontale werking van grondrechten op:

“Het privaatrecht vooronderstelt dat ieder rechtssubject in beginsel gelijkelijk in staat is haar of zijn rechtspositie vorm te geven zoals het dat zelf wil. Deze gedachte vormt een probleem bij het aannemen van horizontale werking van grondrechten in zoverre, dat de contractsvrijheid en de testeervrijheid – die zelf ook als fundamentele rechten zijn op te vatten – in een zekere spanning komen te staan ten opzichte van (andere) grondrechten.”¹⁶

Door de contracts- en de testeervrijheid als fundamentele rechten te betitelen en door de constitutionele grondrechten te omschrijven als andere grondrechten, geven bovengenoemde schrijvers aan dat ook in het privaatrecht fundamentele waarden kunnen worden gevonden met een grondwettelijk karakter.¹⁷ Voor wat betreft het Nederlandse recht verdient opmerking dat de Hoge Raad met de erkenning van het algemene persoonlijkheidsrecht in het Valkenhorst II-arrest de principiële mogelijkheid heeft gecreëerd om, buiten de in de grondwet genoemde grondrechten, rechten te erkennen met een fundamenteel karakter die tussen burgers werken.¹⁸ Het in die zaak erkende ‘recht op afstammingskennis’ is een voorbeeld van een fundamenteel recht dat onder invloed van gewijzigde normen en waarden is ‘ontdekt’ en door ontwikkelingen op het gebied van voortplantingstechnieken¹⁹ actuele betekenis heeft gekregen.

Niet ondenkbaar is dat wanneer bepaalde fundamentele privaatrechtelijke beginselen worden geschonden een recht op smartengeld bestaat. Een illustratie betreffende de contractsvrijheid kan dit verduidelijken. Contractsvrijheid impliceert de vrijheid om *niet* te contracteren.²⁰ Stel dat een bedrijf in het kader van een reclamecampagne gebruik wil maken van een persoonskenmerk²¹ van een ander, bijvoorbeeld diens naam.²² De persoon in kwestie weigert echter (tegen betaling) toestemming te verlenen. Het bedrijf trekt zich hier niets van aan en gebruikt zijn naam toch. In Duitsland is de toekenning van smartengeld wegens schending van het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ in deze gevallen in verband gebracht met bescherming van de contractsvrijheid.²³ Mijns inziens handhaaft de toekenning van smartengeld de contractsvrijheid.

16 Akkermans, Bax en Verhey, 1999, p. 43.

17 Zie ook Asser-Hartkamp 4-II, 2001, nrs. 45a en 45b. Ook Burkens, 1989, p. 180 noemt de contractsvrijheid en de testeervrijheid als voorbeelden van belangrijke rechtsbeginselen. Hij wil in afwijking van Maris, 1969, p. 12 in dit verband overigens niet spreken ongeschreven grondrechten. Een dergelijk gebruik van de term grondrechten is zonder goede zin en kennelijk alleen bedoeld om die rechtsbeginselen te laten delen in de aan grondrechten toekomende rechtskracht. Elders, 1986, p. 16 spreekt daarentegen wel van ‘privaatrechtelijke grondrechten’.

18 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, nt. WH-S, zie hiervoor nrs. 27 en 29.

19 Men denke aan de identiteit van de zaaddonor in geval van kunstmatige inseminatie.

20 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-II, 2001, nr. 45b.

21 Pinckaers, 1996 gebruikt in dit verband de term ‘persona’, zie hiervoor nr. 236.

22 Voorbeelden van andere persoonlijkheidskenmerken zijn stem, portret en handtekening.

23 Bussfeld, 1978, p. 195-196, 237 en 245 geeft aan dat zonder smartengeld geen privaatrechtelijke reactie mogelijk zou zijn op de exploitatie van persoonskenmerken. Hij betreurt evenwel dat het BGH voor het middel van smartengeld heeft gekozen. Zijn inziens zijn de beschermde belangen materieel van aard

2.3 Tweede gezichtspunt: aantasting van de zelfbeschikking

385 Een tweede gezichtspunt vormt de mate waarin de benadeelde in zijn zelfbeschikking is geschonden. In het buitenland is het verband tussen vergoeding van immateriële schade en een aantasting van de zelfbeschikking expliciet gelegd. Zo overwoog het BGH in de zaak waarin voor het eerst smartengeld werd toegekend wegens schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht'²⁴:

"Die unbefugte Veröffentlichung des Bildes eines Menschen stellt, wie in der Rechtslehre seit langem anerkannt ist, einen Eingriff in die Freiheit der *Selbstbestimmung* (curs. AJV) und der freien Betätigung der Persönlichkeit dar (...)"

Verder betitelt Canaris het recht op privacy als het 'Recht auf informationelle Selbstbestimmung'.²⁵ Het verband tussen zelfbeschikking en smartengeld is in Nederland daarentegen nauwelijks benadrukt. In een eerdere publicatie heb ik betoogd dat de notie van zelfbeschikking aanwezig is in de op basis van art. 6:106 BW erkende gevallen waarin een recht bestaat op smartengeld.²⁶ De mens mag zelf beschikken over zijn eigen lichaam (lichamelijke integriteit), over persoonlijke informatie (privacy), over zijn bewegingsvrijheid en over de vruchten van zijn scheppende arbeid (auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten). Ook shockschade kan men zien als een inbreuk op de zelfbeschikking. Shockschade vormt ten eerste een schending van de zelfbeschikking ten aanzien van de eigen psychische gezondheid. Voorts is shockschade vaak het gevolg van bepaalde afschuwelijke waarnemingen (beelden van de gevolgen van een vreselijk ongeluk bijvoorbeeld). De inbreuk op de zelfbeschikking bestaat hieruit dat mensen tegen hun wil met dergelijke taferelen worden geconfronteerd. De bescherming van de eer (gevoelens van eigenwaarde) ziet op de vrijheid van het individu om van grievende uitlatingen gevrijwaard te blijven; in het door het slijk halen van iemands goede naam (reputatie) kan een doorkruising worden gezien van diens zelfbeschikking ten aanzien van zijn opgebouwde reputatie. Toebrenging van affectieschade vormt een aantasting van de zelfbeschikking met betrekking tot het persoonlijke leven.

De gedachte dat een aantasting van de zelfbeschikking in beginsel als aantasting in de persoon recht kan geven op smartengeld (art. 6:106 lid 1 sub b BW) is verworpen door A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het baby Joost-arrest.²⁷ Zijn voorname bezwaar was dat dit begrip onvoldoende omlijnd was.²⁸ Dit argument is weinig overtuigend. In het privaatrecht wordt vaker gewerkt met vage begrippen en normen. Denk bijvoorbeeld aan de goede trouw (art. 3:11 BW) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Wat betreft het aansprakelijkheidsrecht valt te wijzen op de

en het zou de 'juristische Ehrlichkeit' ten goede komen als in plaats van smartengeld vergoeding van vermogensschade werd toegekend. De toekenning van smartengeld komt volgens hem in wezen neer op een straf.

24 BGHZ 26, 349 (14-2-1958).

25 Larenz/Canaris, 1994, par. 80 II, p. 503 en 508, zie hiervoor nr. 227.

26 Zie Verheij, RMTh 1998, p. 342-343 en hiervoor nr. 29.

27 HR 8 september 2000, NJ 2000, nt. 734, nt. ARB, zie hiervoor nr. 174.

28 Zie nr. 2.27 van zijn conclusie.

maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW). Overigens valt het begrip zelfbeschikking wel enigszins nader te concretiseren.²⁹ Als richtlijn kan worden gehanteerd dat voor een aantasting van de zelfbeschikking vereist is dat het individu los van zijn vermogen wordt getroffen.³⁰ Zo wordt vermeden dat ieder keer dat aan een rechtshandeling een wilsgebrek kleeft, sprake is van een aantasting van de zelfbeschikking. Heeft een rechtshandeling een overwegend zakelijk karakter en vormt het vermogen het object van de zelfbeschikking, dan is het aannemen van een aantasting van de zelfbeschikking die kan leiden tot een persoonsaantasting niet snel geïndiceerd. Door een dergelijke concretisering wordt vermeden dat het beroep op zelfbeschikking neerkomt op een abstract beroep op vrijheid.³¹ Bovendien vormt een aantasting van de zelfbeschikking in de hier voorgestane benadering slechts één argument om ter rechtshandhaving smartengeld toe te kennen. Niet iedere aantasting op de zelfbeschikking geeft automatisch recht op smartengeld.³²

Hoewel zelfbeschikking zich dus beperkt tot (aspecten van) de menselijke persoon, kan een aantasting van het vermogen soms tegelijkertijd een aantasting van de zelfbeschikking vormen. Een voorbeeld is de vernietiging van een huis door brand. Niet alleen levert dit vermogensschade op, maar eveneens wordt de privacy van de benadeelde geschonden en in zoverre is sprake van een aantasting van de zelfbeschikking. Privacy beschermt immers de zelfbeschikking ten aanzien van de eigen privé-sfeer. Dit voorbeeld brengt de verhouding tussen het gezichtspunt van de zelfbeschikking en het eerste gezichtspunt (aard van het geschonden recht) ter sprake. Evenals persoonlijkheidsrechten beschermen grondrechten ook de zelfbeschikking ten aanzien van de eigen persoon. Dit doet echter niet af aan de zelfstandigheid van het gezichtspunt van de zelfbeschikking.

Met betrekking tot het begrip zelfbeschikking kan tenslotte nog de vraag rijzen in hoeverre de toekomst object van zelfbeschikking kan zijn. Met andere woorden: vormt ook een doorkruising van de zelfbeschikking ten aanzien van de toekomst een positieve indicatie voor de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving? De achtergrond van deze vraag is de in de literatuur verdedigde stelling dat smartengeld minder snel op zijn plaats is bij schending van rechten die de menselijke ontplooiing beschermen.³³ Zo lijkt de toekomst geen object van zelfbeschikking te kunnen zijn. Mijns inziens is deze opvatting onjuist. Zij lijkt uit te gaan van een onderscheid tussen

29 Zie reeds Verheij, RMTh 1998, p. 343.

30 Zonder een dergelijke beperking zou iedere gedraging waarop inbreuk op andermans rechten wordt gemaakt een aantasting van de zelfbeschikking vormen en zou dit begrip inderdaad geen duidelijke grenzen hebben. De reden dat aantasting van het vermogen in principe geen aantasting van de zelfbeschikking vormt, heeft te maken met het feit dat het vermogen al wordt beschermd door het recht op vergoeding van vermogensschade. Rechtshandhaving door toekenning van smartengeld is derhalve minder urgent. Zie verder hieronder bij het vierde gezichtspunt.

31 Vgl. Visser 't Hooft, 1986, p. 380 en in dezelfde zin Schalken, NJB 1984, p. 43.

32 Eerder (Verheij, RMTh 1998, p. 339-350) gaf ik de zelfbeschikking een centraler plaats, zonder het algemene persoonlijkheidsrecht overigens gelijk te stellen met het recht op zelfbeschikking.

33 Lindenbergh, 1998, p. 156 en idem, TVPr 1999, p. 1695.

'integriteitsbescherming' enerzijds en 'ontplooingsbescherming' anderzijds.³⁴ Kennelijk wordt alleen in het eerste geval smartengeld gerechtvaardigd geacht. Een dergelijk onderscheid lijkt evenwel niet goed te maken. Het probleem is namelijk dat ontplooiingsmogelijkheden reeds besloten liggen in (de integriteit van) het bestaande rechtsgoed. Wie in zijn fysieke integriteit is aangetast is tegelijkertijd aangetast in zijn fysieke ontplooiingsmogelijkheden. Het zwaartepunt bij de toekenning van smartengeld in geval van blijvend fysiek letsel ligt zelfs bij de derving van levensvreugde als gevolg van de fysieke beperkingen en daarmee bij de teloorgang van ontplooiingsmogelijkheden. Dit is ook het geval ten aanzien van (andere) persoonlijkheidsrechten. Het recht op privacy beschermt in zoverre de ontplooiingsmogelijkheden van het individu dat deze zich waarschijnlijk geremd zou voelen indien hij zich continu bespied wist.³⁵ Bescherming van ontplooiingsmogelijkheden is derhalve niet goed te scheiden van integriteitsbescherming. De Belgische auteurs Guldix en Wylleman schrijven:

"Als algemene stelregel voor de verdere creatie van persoonlijkheidsrechten geldt dat de mens in zijn maatschappelijke context moet geplaatst worden en dat moet nagegaan worden welke belangen in die context onontbeerlijk zijn en juridisch gewaarborgd moeten worden om een volwaardig menselijk bestaan te kunnen leiden met optimale *ontplooiingskansen* (cursief AJV)."³⁶

2.4 Derde gezichtspunt: kwetsbaarheid van het geschonden recht

386 Een derde gezichtspunt is de kwetsbaarheid van het geschonden recht. De gedachte is hierbij dat bij een kwetsbaar recht meer behoefte bestaat aan rechtshandhaving door middel van een smartengeldaanpraak dan bij een minder kwetsbaar recht. Met kwetsbaarheid is bedoeld de mate waarin het feitelijk mogelijk is om inbreuk op een bepaald recht te maken. Dit verschilt globaal gesproken per recht. Zo is fysieke nabijheid veelal voorwaarde voor de inbreuk op een eigendomsrecht.³⁷ Bij het recht op privacy of bij het recht op eer en goede naam ligt dit anders. De inbreukmaker kan vanaf een grote afstand opereren, bijvoorbeeld door het schrijven van een beledigend artikel of door persoonlijke informatie te verzamelen met foto- of af luisterapparatuur of door het onrechtmatig raadplegen (of koppelen) van gegevensbestanden.³⁸ Feitelijk

34 Een dergelijk onderscheid is eveneens onjuist voor zover het is ingegeven door het verschil tussen klassieke grondrechten die door de rechter te handhaven zijn en de (zwakkere) sociale grondrechten die vooral neerkomen op instructienormen gericht tot de overheid. Ook van de klassieke grondrechten is namelijk gesteld dat zij tot doel hebben bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu, zie Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel 1a grondrechten, 1979, p. 10. De verbondenheid van beide categorieën grondrechten blijkt ook uit het feit dat realisering van sociale grondrechten bij kan dragen aan de realisering van de klassieke grondrechten, zie Kortmann, 1997, p. 366.

35 De mogelijkheid zich terug te trekken is een voorwaarde voor geestelijke ontwikkeling en het leveren van creatieve prestaties, vgl. Kayser, 1995, nr. 3.

36 Guldix en Wylleman, TVPr 1999, p. 1630-1631.

37 Natuurlijk is dit niet altijd zo, bijvoorbeeld in geval van zaaks aantasting door vervuiling van water of lucht.

38 Vgl. Gerbrandy, 1970, p. 230 die betoogt dat de privacy niet zozeer bedreigd wordt door de pers, maar door het bestaan van 'particulier hanteerbare apparaten voor af luisteren en clandestien fotograferen'.

ke maatregelen ter voorkoming van dergelijke inbreuken zijn in mindere mate mogelijk dan maatregelen ter voorkoming van een fysieke aantasting. Iemand kan bijvoorbeeld feitelijk niet veel uitrichten tegen het koppelen van gegevensbestanden. Bovendien zal hij lang niet altijd op de hoogte zijn van een dergelijke koppeling. In Duitsland is de bescherming die het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' aan de privacy verschaft wel in verband gebracht met technologische ontwikkelingen die een bedreiging voor de privacy vormden.³⁹ De kwetsbaarheid van de privacy maakte (aanvullende) bescherming door middel van een op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' gebaseerde smartengeld aanspraak wenselijk.

2.5 Vierde gezichtspunt: bestaan van andere handhavingsmiddelen

387 Een vierde gezichtspunt is de mate waarin het geschonden recht al wordt beschermd door andere privaatrechtelijke rechtsmiddelen. Bedoeld zijn de reactiemogelijkheden die het privaatrecht aan de benadeelde verschaft, bijvoorbeeld vergoeding van vermogensschade, revindicatie, een verbod, een bevel of een rectificatie. Wordt het geschonden recht op die manier niet of in onvoldoende mate gehandhaafd, dan is (aanvullende) rechtshandhaving door middel van vergoeding van immateriële schade wenselijk. Dit gezichtspunt hangt nauw samen met het vorige gezichtspunt. De kwetsbaarheid is hier niet te wijten aan het gemak waarmee een bepaald recht *feitelijk* kan worden geschonden, maar aan de gebrekkige *juridische* middelen die de rechthebbende ten dienste staan om op een inbreuk te reageren.

Nadrukkelijk zij herhaald dat straf- of bestuursrechtelijke reactiemogelijkheden niet relevant zijn.⁴⁰ Rechtshandhaving in de hier bedoelde zin houdt immers in dat voor het bestaan van *privaatrechtelijke* rechten vereist is dat het *privaatrecht* een reactiemogelijkheid biedt. De autonomie van het privaatrecht staat voorop.

Het zal duidelijk zijn dat met name bij dit gezichtspunt verschil van mening mogelijk is. Hoe in een concreet geval het bestaande privaatrechtelijke handhavingsapparaat wordt gewaardeerd hangt nauw samen met de eerste twee gezichtspunten, de aard van het geschonden recht en de mate waarin de zelfbeschikking is aangetast. Hoe hoger de juridische status van een recht en hoe ernstiger de zelfbeschikking van de betrokkene is aangetast, des te meer behoefte er aan een goede handhaving bestaat. Dit gezichtspunt hangt ook nog in andere zin samen met de aard van het geschonden recht. Het privaatrecht (en daarmee ook de privaatrechtelijke handhaving) is van oudsher vooral gericht geweest op bescherming van het vermogen en niet op bescherming van de persoon. De door grond- en mensenrechten beschermde belangen hebben historisch gezien pas vrij recent door middel van persoonlijkheidsrechten bescherming gevonden in het privaatrecht. Dit betekent dat het niet verwonderlijk is dat de privaatrechtelijke handhaving van de persoon relatief minder goed is uitgewerkt dan de bescherming van het vermogen.

Er zij in dit verband op gewezen dat een aantasting van de privacy of van de eer en goede naam niet altijd leidt tot duidelijke vermogensschade, zodat rechtshandha-

39 Zie hiervoor nr. 17.

40 Zie hiervoor nr. 361.

ving langs die weg niet altijd mogelijk is.⁴¹ Het is nu eenmaal niet te voorspellen hoe een bepaalde aantijging de houding van andere mensen in de toekomst zal beïnvloeden. Hoe kan de benadeelde bijvoorbeeld aantonen dat mensen die hij misschien niet eens kent in verband met het negatieve beeld dat ze ten gevolge van de privacyinbreuk van hem hebben, geen zaken met hem zullen willen doen in de toekomst? Hoe kan de benadeelde bewijzen dat zijn carrièreverloop ten gevolge van de aantasting van zijn goede naam minder voorspoedig is geweest, omdat mensen dachten dat waar rook is ook wel vuur zou zijn?

Het feit dat vergoeding van immateriële schade vooral de functie heeft in een bestaand handhavingstekort te voorzien, is in de Duitse jurisprudentie expliciet erkend. In de uitspraak waarin voor het eerst smartengeld werd toegekend wegens schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' overwoog het BGH dat zonder vergoeding van immateriële schade de bescherming van de persoonlijkheid niet 'wirksam' zou zijn.⁴² De implicatie is dat indien de bescherming door de aanwezigheid van andere handhavingsmiddelen wel 'wirksam' was geweest, geen reden had bestaan voor de toekenning van smartengeld.

Het oordeel dat de handhavingsmogelijkheden tekortschieten, kan blijken uit vergelijking van de mogelijkheden die het privaatrecht aanreikt om te reageren op de schending van een ander recht. De dief die de zaak van een ander in bezit heeft genomen, moet deze teruggeven indien hij geconfronteerd wordt met een revindicatie van de rechthebbende. Het probleem is dat wanneer iemand de afbeelding van een ander 'steelt' door zonder voorafgaande toestemming een foto te maken, de mogelijkheid tot revindicatie niet mogelijk is. Rechtshandhaving (van het beeldrecht) moet dus op een andere wijze gerealiseerd worden. Smartengeld biedt daartoe een mogelijkheid.

2.6 Vijfde gezichtspunt: voordeel inbreukmaker

388 Het vijfde gezichtspunt betreft de mate waarin de inbreukmaker (financieel) voordeel heeft van zijn inbreuk. Hoe groter het voordeel, des te wenselijker is rechtshandhaving door de toekenning van smartengeld. Het desbetreffende recht is dan namelijk kwetsbaar, niet omdat inbreuk feitelijk eenvoudig is (zie het derde gezichtspunt), maar omdat inbreuk financieel aantrekkelijk is. Deze aantrekkelijkheid stimuleert als het ware het plegen van inbreuken.

Een belangrijke gedachte die aan dit gezichtspunt ten grondslag ligt, is dat men niet beter mag worden van onrechtmatig gedrag. Het bestaan van een recht op smartengeld maakt de inbreuk in principe minder winstgevend.⁴³ Is de winst die met een inbreuk op een persoonlijkheidsrecht te behalen valt fors, dan dient het smartengeld ook fors te zijn. Anders is geen sprake van serieuze rechtshandhaving. In alle onderzochte rechtsstelsels lijkt – meer of minder expliciet – de bereidheid te bestaan om het smartengeld hoog vast te stellen in geval van moedwillige aantastingen van de priva-

41 Over het verband tussen vergoeding van nauwelijks aantoonbare vermogensschade en rechtshandhaving zie hiervoor nr. 365.

42 BGHZ 26, 349 (14-2-1958), zie hiervoor nr. 19. Vgl. BGHZ 128, 1 (15-11-1994), zie hiervoor nr. 232.

43 Dit hangt natuurlijk ook af van de 'pakkans'.

cy of van de eer en goede naam door de roddelpers.⁴⁴ De gedachte dat de inbreukmaker na de inbreuk slechter af moet zijn dan wanneer hij zich zorgvuldig had gedragen, manifesteert zich ook ten aanzien van verzekeraars die de afwikkeling van de schade nodeloos vertragen. Kan de verzekeraar slechts gedwongen worden tot het verrichten van de prestatie waartoe hij toch al was gehouden, dan zou hij zich in een situatie bevinden waarin hij niets te verliezen heeft.⁴⁵ Door de toekenning van smartengeld heeft de verzekeraar een extra financiële prikkel om behoorlijk na te komen.

Ook bij dit gezichtspunt kan het zinvol zijn een vergelijking te maken met de handhavingsmogelijkheden die het privaatrecht biedt in geval van schending van een ander recht. Een dief moet, als bezitter te kwader trouw, wanneer hij geconfronteerd wordt met een revindicatie van de rechthebbende, niet alleen de zaak teruggeven, maar is bovendien verplicht tot afgifte van de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten (art. 3:121 lid 1 BW). Kortom, het voordeel wat de bezitter van de zaak heeft genoten wordt afgeroomd. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat hij niet te goeder trouw is. De bezitter te goeder trouw mag de voordelen immers zelf houden (art. 3:120 lid 1 BW). Iets soortgelijks zou kunnen gelden voor het geval dat iemand de afbeelding van een ander 'steelt' en voor eigen doeleinden gebruikt, bijvoorbeeld in het kader van een reclamecampagne voor een bepaald product. Vergoeding van het bedrag dat de rechthebbende had kunnen vragen indien hem om toestemming was gevraagd laat het voordeel van de inbreukmaker onaangetaast. Het is om deze reden dat in Duitsland Löwe heeft voorgesteld om naast vergoeding van het bedrag dat de rechthebbende had kunnen vragen immateriële schade te vergoeden.⁴⁶

2.7 Zesde gezichtspunt: afhankelijkheid van benadeelde

389 Hoe afhankelijker de benadeelde is van de aansprakelijke, hoe meer reden er bestaat om zijn positie door middel van een smartengeldvordering te versterken ten opzichte van de aansprakelijke. In Hoofdstuk VII bleek dat rechters in Duitsland en in de Verenigde Staten door middel van (onder andere⁴⁷) de toekenning van smartengeld de positie van de verzekerde ten opzichte van de verzekeraar die weigert uit te keren, versterkt hebben.⁴⁸ De Franse wetgever heeft de positie van het slachtoffer van verkeersongevallen versterkt door te bepalen dat wanneer de verzekeraar niet binnen een bepaalde tijd een aanbod doet dat alle schadeposten omvat, de wettelijke rente die zij moet betalen wordt verdubbeld.⁴⁹

De afhankelijkheid van een verzekerde is daarin gelegen dat hij in ernstige financiële problemen kan geraken indien de verzekeraar niet tijdig uitkeert. Vooral slachtof-

44 Zie hiervoor nrs. 277 en 284.

45 Zie hiervoor nr. 312. Vergoeding van wettelijke rente wordt onvoldoende geacht.

46 Löwe, 2000, p. 206, zie hiervoor nr. 226.

47 In de Verenigde Staten kan de verzekeraar behalve tot vergoeding van 'emotional distress' ook veroordeeld worden tot betaling van 'punitive damages'.

48 Zie hiervoor nrs. 286-291 respectievelijk 298-307.

49 Zie hiervoor nr. 297.

fers van fysiek letsel nemen ten opzichte van een verzekeraar (hetzij hun eigen verzekeraar, hetzij de verzekeraar van de aansprakelijke) in het algemeen een zwakke positie in. In de eerste plaats hebben zij in verband met hun letsel wel iets anders aan hun hoofd dan het voeren van onderhandelingen met (een vertegenwoordiger van) de verzekeraar en het bespoedigen van een vlotte schadeafwikkeling. Voorts hebben particulieren veelal een kennisachterstand in vergelijking met de verzekeraar. Het is daarom niet vreemd dat men in Duitsland en Frankrijk vooral de positie van het letselshadeslachtoffer heeft versterkt.

Tenslotte zij opgemerkt dat bescherming van de zwakkere partij in een bepaalde relatie veelvuldig voorkomt in het Nederlandse privaatrecht. Klassieke voorbeelden van verhoudingen waarin een partij een min of meer afhankelijke positie inneemt, zijn de relatie tussen werkgever en werknemer en die tussen huurder verhuurder. In het algemeen gesproken zijn werknemers en huurders meer aangewezen op de prestaties van hun respectievelijke wederpartijen dan de werkgever en de verhuurder. Dit resulteert in een zekere mate van afhankelijkheid en daarom heeft de wetgever langs allerlei wegen de positie van de werknemer en de huurder versterkt. Bescherming van de positie van de zwakkere partij door middel van de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving past derhalve goed in het huidige stelsel.

2.8 Zevende gezichtspunt: kans op schade en de ernst daarvan

390 De kans dat door de inbreuk op andermans recht ernstige schade is geleden is relevant ter bepaling van de wenselijkheid van rechtshandhaving. Hoe groter de kans is dat door een bepaalde rechtsinbreuk ernstige (overigens niet aantoonbare) vermogensschade of immateriële schade is geleden, hoe belangrijker het is dat het desbetreffende recht wordt gehandhaafd. Bij afwezigheid van andere handhavingsmiddelen dan schadevergoeding zou het geschonden recht anders immers niet goed worden gehandhaafd. Bovendien moet in het oog worden gehouden dat door toekenning van smartengeld bij wijze van rechtshandhaving de ontvanger van het smartengeld financieel wordt verrijkt. Een dergelijke verrijking is beter te rechtvaardigen als er toch een goede kans is dat de rechthebbende aanzienlijke schade heeft geleden.

In Deel I is een aantal gevallen besproken waarin de kans op ernstige schade een factor lijkt te zijn geweest bij de beslissing smartengeld toe te kennen. In de eerste plaats bij de toekenning van smartengeld aan comapatiënten. In hoeverre zij zich van hun toestand bewust zijn, is veelal niet duidelijk. Uit onderzoek blijkt dat foutieve diagnoses op dit vlak relatief vaak voorkomen.⁵⁰ Duidelijk is wel dat het slachtoffer indien hij zich van zijn toestand bewust is, verschrikkelijk lijdt. Dit kan een reden zijn waarom rechters in Duitsland, Frankrijk en Engeland ertoe zijn overgegaan smartengeld toe te kennen.

De kans op ernstige schade lijkt ook van belang bij vergoeding van affectieschade. Indien het verdriet wegens het overlijden of de ernstige verwonding van een dierbare persoon niet resulteert in psychisch letsel, is het bewijs van affectieschade nauwelijks

⁵⁰ Andrews, Murphy, Munday, Littlewood, 313 BMJ 13 (1996). Zie hierover Law Commission, Report no. 257, par. 2.14 noot 100, zie verder hiervoor nr. 73.

te leveren. Een rechter kan zich hoogstens baseren op indirecte gegevens als de frequentie van de contacten (tussen ouders en zelfstandig wonende kinderen bijvoorbeeld) of het bestaan van een gemeenschappelijke huishouding. Aan de hand van dergelijke omstandigheden kan echter geen bewijs van affectieschade worden geleverd. Er is slechts sprake van meer of minder kans op het bestaan van affectieschade. Tegelijkertijd moet de mogelijkheid onder ogen worden gezien dat in een concreet geval het slachtoffer zeer ernstig verdriet ondervindt. Tegen deze achtergrond kan men er voor kiezen om bepaalde derden ten aanzien waarvan een aanzienlijke kans op affectieschade bestaat zonder nader bewijs recht te geven op smartengeld. De Engelse regeling van vergoeding van affectieschade lijkt op deze gedachte gebaseerd.

Tenslotte leidt een aantasting van de privacy of van de eer en goede naam veelal niet tot aantoonbare schade. Eventuele schade kan echter een ernstig karakter hebben. Iemands sociale positie kan in ernstige mate worden ondermijnd. Dit kan verklaren waarom de reputatie in alle onderzochte rechtsstelsels en de privacy in alle landen behalve Engeland, in de vorm van een recht op smartengeld van een extra handhavinginstrument wordt voorzien. In Nederland is vergoeding van moeilijk aantoonbare vermogensschade zelfs genoemd als nevenfunctie van smartengeld.⁵¹

2.9 Achtste gezichtspunt: ongerechtvaardigde verrijking

391 Rechtshandhaving die plaatsvindt door inzetten van het schadevergoedingsrecht kan zich niet geheel losmaken van de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Een belangrijk beginsel is dat de werking van het schadevergoedingsrecht niet mag leiden tot ongerechtvaardigde verrijking van degene die de schadevergoeding krijgt toegewezen.⁵² Vanuit dit perspectief geldt dat eventuele verrijking van degene op wiens recht inbreuk is gemaakt beter te rechtvaardigen is dan verrijking van derden. Dit geldt des te sterker naarmate de kans groter is dat de rechthebbende (ernstige) schade heeft geleden (zevende gezichtspunt). Het achtste gezichtspunt hangt derhalve nauw samen met het zevende.

In de onderzochte rechtsstelsels lijkt dit gezichtspunt een verklaring te vormen voor het verschil tussen de toekenning van smartengeld aan een comateus slachtoffer en de afwijzing daarvan wanneer het slachtoffer vrijwel direct overlijdt.⁵³ In het laatste geval heeft het slachtoffer immers in het geheel niets meer aan extra geld. Dit komt uitsluitend ten goede aan zijn nabestaanden.

⁵¹ PG Boek 6, p. 382 en 388, zie hiervoor nrs. 30, 336 en 341.

⁵² De mate van verrijking hangt natuurlijk samen met de hoogte van het toegekende bedrag. In dit kader gaat het echter om de vraag of de enkele toekenning van smartengeld als zodanig geen ongerechtvaardigde verrijking oplevert.

⁵³ Zie nrs. 68-91 (Hoofdstuk III). De Verenigde Staten vormen een uitzondering, zie nrs. 82-86.

3. Gevallen van vergoeding van immateriële schade ter rechtshandhaving

3.1 Inleiding

392 In deze paragraaf zal ik ten aanzien van een aantal gevallen bespreken waar toepassing van de in de vorige paragraaf geformuleerde gezichtspunten mijns inziens op neer komt. Het gaat dus om gevallen waarin geen smartengeld kan worden toegekend op grond van de compensatiefunctie omdat geen sprake is van objectiveerbaar leed. Smartengeld wegens (blijvend) fysiek en psychisch letsel blijft derhalve buiten beschouwing.

De afweging die in het kader van de gezichtspunten-analyse plaatsvindt, heeft noodzakelijkerwijze een subjectief karakter. Dit betekent dat de navolgende toepassing van die gezichtspunten op enkele concrete gevallen uitdrukkelijk niet meer is dan mijn eigen mening. Het doel is te illustreren waar de gezichtspunten-analyse in de praktijk toe zou kunnen leiden. Verwerping van de uitkomsten waartoe ik in het onderstaande kom, houdt dus geen verwerping in van de rechtshandhavingfunctie als zodanig. Gezien het illustratieve karakter van deze paragraaf is niet naar volledigheid gestreefd. De eventuele toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving komt in relatie tot de volgende gevallen aan de orde:

- het slachtoffer ligt in coma (nr. 393);
- het slachtoffer overlijdt direct na het ongeval (nr. 394);
- in geval van affectieschade (nr. 395);
- bij vertraging van de schadeafwikkeling en schending van processuele rechten (nr. 396);
- ten aanzien van ‘wrongful birth’ (nr. 397);
- ten aanzien van ‘wrongful life’ (nr. 398);
- bij vernietiging van (in bewaring gegeven) sperma (nr. 399);
- in geval van informatievervalsing en informatieonthouding (nr. 400);
- bij inbreuk op het omgangsrecht, het informatierecht of het consultatierecht (nrs. 401-404);
- in geval van discriminatie (nrs. 405-407) en
- bij schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten (nrs. 408-410).

Omdat toekenning van smartengeld op basis van de gezichtspunten-analyse niet de uitkomst is van een eenvoudige rekensom maar de resultante is van een beleidsafweging, zal ik bij de bespreking van een concreet geval niet steeds alle gezichtspunten doorlopen. Behandeld worden slechts die gezichtspunten die voor dat geval mijns inziens het meest relevant zijn.

3.2 Comateuze slachtoffers

393 In Duitsland, Frankrijk en Engeland wordt smartengeld toegekend aan het slachtoffer van een ongeval dat in een irreversibele coma verkeert.⁵⁴ Daartoe is het begrip

⁵⁴ Zie hiervoor nrs. 69, 76 en 79.

schade niet subjectief, maar objectief begrepen. Deze objectivering is niet op overtuigende wijze met de compensatiefunctie in overeenstemming te brengen.⁵⁵ In de eerste plaats is onduidelijk of het slachtoffer lijdt, in de tweede plaats zal hij geen vreugde kunnen putten uit een eventueel uit te keren bedrag aan smartengeld.

Kan naar Nederlands recht smartengeld ter rechtshandhaving worden toegekend? De eerste twee gezichtspunten verschaffen argumenten voor de toekenning van smartengeld. Het geschonden recht op fysieke integriteit heeft immers een grondwettelijke status (eerste gezichtspunt). Geen betoog behoeft verder dat de zelfbeschikking van de comapatiënt op de meest verregaande wijze is aangetast (tweede gezichtspunt). Voorts is er een – moeilijk te bepalen – kans dat het slachtoffer niet in coma ligt en zich derhalve van zijn toestand bewust is.⁵⁶ In dat geval ondervindt hij aanzienlijk leed. Ook het zevende gezichtspunt wijst derhalve in de richting van schadevergoeding. Voor de toekenning van smartengeld pleit verder dat het geld kan worden besteed aan een kwalitatief hoogwaardige verzorging.⁵⁷ In zoverre wordt het slachtoffer niet ongerechtvaardigd verrijkt (achtste gezichtspunt).

Hier staat tegenover dat zonder de toekenning van smartengeld het recht op fysieke integriteit door de vordering tot vergoeding van vermogensschade van het slachtoffer wordt gehandhaafd (vierde gezichtspunt). Overlijdt het slachtoffer na enige tijd dan hebben verder bepaalde personen op grond van art. 6:108 BW recht op vergoeding van gedeelde inkomsten en begrafeniskosten. Het overlijden van jonge kinderen zal echter geen inkomstenderving voor derden met zich brengen. De fysieke integriteit van jonge kinderen wordt derhalve maar beperkt gehandhaafd. In verband met de rechtsgelijkheid en gezien het belang dat aan de fysieke integriteit wordt toegekend in onze rechtsorde is niet goed verdedigbaar om alleen aan comateuze kinderen smartengeld ter rechtshandhaving toe te kennen. De leemte in de rechtshandhaving waar het de fysieke integriteit van jonge kinderen betreft, zal in de toekomst echter in belangrijke mate worden opgeheven wanneer vergoeding van affectieschade mogelijk wordt.⁵⁸

Het feit dat de fysieke integriteit van het slachtoffer wordt gehandhaafd door namens hemzelf en door derden ingestelde vorderingen tot schadevergoeding maakt dat er geen sprake is van een heel duidelijk handhavingstekort. Alleen in het licht van de bijzonder grote waarde die in onze rechtsorde aan bescherming van de fysieke integriteit wordt toegekend kan de bestaande rechtshandhaving onvoldoende schijnen. Toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving lijkt mij tegen die achtergrond verdedigbaar, hoewel de noodzaak van rechtshandhaving niet bijzonder dwingend is.

⁵⁵ Zie hiervoor nr. 91.

⁵⁶ Verkeerde diagnoses komen voor, zie Andrews, Murphy, Munday, Littlewood, 313 BMJ 13 (1996). Zie hierover Law Commission, Report no. 257, par. 2.14 noot 100, zie verder hiervoor nr. 73.

⁵⁷ Zoals Winfield and Jolowicz, 1998, p. 761 opmerken, is er "(...) a natural reluctance to treat the plaintiff as if he were already dead."

⁵⁸ Zie hiervoor nr. 183.

3.3 Slachtoffer overlijdt direct na het ongeval

394 In geval van onmiddellijk overlijden, is smartengeld niet goed te rechtvaardigen door middel van de compensatiefunctie. Ten eerste kan de overledene niet meer worden gecompenseerd. Ten tweede is nauwelijks aantoonbaar wat de overledene heeft gevoeld in de laatste seconden of minuten van zijn leven.⁵⁹ Dat in de Verenigde Staten soms toch smartengeld wordt vergoed lijkt niets meer met compensatie als zodanig te maken te hebben. Veeleer lijkt het erop dat een vergoeding wegens het enkele feit van overlijden wordt toegekend.⁶⁰ In Duitsland lijkt uit de jurisprudentie van het BGH te volgen dat onmiddellijk overlijden geen recht op smartengeld doet ontstaan.⁶¹ In Engeland bestaat geen recht op smartengeld.⁶²

Naar Nederlands recht staat art. 6:106 lid 2 BW in de weg aan de toekenning van smartengeld.⁶³ Voor zover deze bepaling – onder invloed van de daarop in de literatuur geuite kritiek⁶⁴ – ooit mocht worden geschrappt, valt vanuit rechtshandhavingsperspectief het volgende op te merken. Overlijden vormt uiteraard een schending van het grondwettelijke gewaarborgde recht op leven en vormt tevens de meest definitieve schending van het recht op zelfbeschikking van de overledene (eerste en tweede gezichtspunt). Voor de toekenning van smartengeld pleit verder dat naar Nederlands recht in sommige gevallen het overlijden van een mens niet leidt tot enige privaatrechtelijke reactie (vierde gezichtspunt). Het overlijden van een jong kind leidt, in verband met het limitatieve karakter van art. 6:108 BW dat aan vergoeding van affectieschade in de weg staat, hoogstens tot begrafenis kosten. Het is derhalve voordeliger om een kind dood te rijden, dan om het ernstig te verwonden. Tegen vergoeding van immateriële schade pleit voornamelijk dat de overledene in geen enkel opzicht kan profiteren van het ‘aan hem’ toegekende smartengeld. Hierin verschilt de situatie waarin het slachtoffer onmiddellijk overlijdt van het geval dat hij (voor langere of kortere tijd) voor zijn overlijden in coma komt te liggen. De toekenning van smartengeld in gevallen waarin het directe slachtoffer direct overlijdt, resulteert onvermijdelijk in ‘verrijking’ van derden van wie niet eens aannemelijk is of zij wel een affectieve band met de overledene onderhielden (achtste gezichtspunt).

Al met al ben ik van mening dat het recht op leven niet door de toekenning van smartengeld gehandhaafd behoeft te worden als in de toekomst vergoeding van affectieschade mogelijk wordt.⁶⁵ Hierdoor wordt in de meeste gevallen een zekere mate van rechtshandhaving gerealiseerd, terwijl de toegekende bedragen toekomen aan de personen die vermoedelijk een affectieve band hadden met het slachtoffer. Ten aanzien van hen is derhalve in mindere mate sprake van ongerechtvaardigde verrijking (achtste gezichtspunt).

59 Zie hiervoor nrs. 86 en 90.

60 Zie hiervoor nr. 91.

61 Zie hiervoor nr. 71.

62 Zie hiervoor nr. 81.

63 Zie hiervoor nr. 74.

64 Zie hierna nrs. 417-418.

65 Zie hiervoor nr. 183.

3.4 Affectieschade

395 In Hoofdstuk V is geconstateerd dat de functie van vergoeding van affectieschade voorwerp van discussie is.⁶⁶ Een reden hiervoor is wellicht dat hoewel affectieschade in het algemeen goed invoelbaar is, de aanwezigheid daarvan in een concreet geval moeilijk is vast te stellen. Voorts is betwijfeld of de toekenning van smartengeld wegens affectieschade wel enig nut voor de benadeelde heeft. Tegen die achtergrond heeft de Minister van Justitie aan smartengeld wegens affectieschade een symbolische functie toegekend.⁶⁷ De erkenning van een symbolische functie is hiervoor bekritiseerd. Vervolgens is betoogd dat het waarschijnlijk beter is te kiezen voor de rechtshandavingsfunctie indien men vergoeding van affectieschade niet wil baseren op de compensatiefunctie.⁶⁸

Aan de orde is hier de vraag of vergoeding van affectieschade op de rechtshandavingsfunctie kan worden gebaseerd. Dat is mijns inziens inderdaad het geval. Het verlies of de ernstige verwonding van bijvoorbeeld een kind of een partner vormt een schending van het zelfbeschikkingsrecht van de benadeelde derde ten aanzien van diens persoonlijk leven (privacy). Deze inbreuk bestaat uit het ongewenst wegvallen van een ander. Als geluidsoverlast al als een inbreuk op de privacy valt te kwalificeren⁶⁹, is niet goed in te zien waarom een veel ingrijpender gebeurtenis als het overlijden of de ernstige verwonding van bijvoorbeeld een partner of een kind anders moet worden benoemd.⁷⁰ De juridische status van het geschonden recht is derhalve hoog en tevens is sprake van een ernstige aantasting van de zelfbeschikking (eerste en tweede gezichtspunt). Voorts is er een gerede kans dat nauwe verwanten van de overledene zoals echtgenoten, niet gehuwde partners, kinderen en ouders aanzienlijk leed ondervinden door het wegvallen van de hen dierbare persoon. Ook het zevende gezichtspunt vormt dus een argument tot vergoeding van affectieschade. Het voornaamste argument tegen vergoeding van affectieschade is het feit dat de inbreuk op de privacy wordt gehandhaafd door vergoeding van vermogensschade (art. 6:108 BW). Dit gebeurt echter niet consequent. Het overlijden van kinderen geeft hoogstens recht op vergoeding van de begrafenis kosten.

Een extra argument voor vergoeding van affectieschade is dat door vergoeding van affectieschade een privaatrechtelijke reactie ontstaat op schending van het recht op leven. Het recht op leven zal door vergoeding van affectieschade goed worden gehandhaafd, indien de kring van gerechtigden ruim wordt vastgesteld en indien de toe te kennen bedragen niet te laag zijn. Deze weg verdient mijns inziens de voorkeur boven vergoeding van immateriële schade wegens het enkele feit van overlijden, zie de vorige paragraaf. Alles tegen elkaar afwegend, acht ik vergoeding van affectieschade ter rechtshandhaving gerechtvaardigd.

⁶⁶ Zie hiervoor nr. 205.

⁶⁷ TK 2000/2001, 27 400 VI, nr. 70, p. 4, zie hiervoor nr. 183. Vgl. Lindenbergh, 1998, p. 197; idem, NJB, 2001, p. 66, zie hiervoor nr. 176.

⁶⁸ Zie hiervoor nr. 216. De contouren van een eventuele wettelijke regeling die uitgaat van de compensatiefunctie zijn geschetst in nrs. 217-221.

⁶⁹ Zie hiervoor nr. 238.

⁷⁰ Hoewel de Hoge Raad hier kennelijk – zonder enige argumentatie – anders over denkt, zie HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB, zie hiervoor nr. 174.

3.5 Vertraging van de schadeafwikkeling; processuele rechten

396 In Hoofdstuk VII bleek dat in Duitsland en de Verenigde Staten de rechter het recht op smartengeld heeft aangewend om met name slachtoffers van ongevallen een sterkere positie te geven ten opzichte van hun eigen verzekeraar of ten opzichte van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker. Op die plaats heb ik betoogd dat het fixatiestelsel van art. 6:119 lid 1 BW in Nederland niet per definitie in de weg staat aan een vordering van het slachtoffer jegens de verzekeraar tot vergoeding van immateriële schade wegens een onnodig vertraagde afwikkeling van de schade.⁷¹ Dat het recht op smartengeld niet primair gericht is op vergoeding van leed, maar ertoe dient om de positie van het slachtoffer ten opzichte van de verzekeraar te versterken, past in het Nederlandse recht. Met name in de arbeidscontext lijkt de vordering tot smartengeld van oudsher die functie te hebben.⁷² In de Conclusie van Hoofdstuk VII stelde ik mij derhalve op het standpunt dat een vordering tot smartengeld jegens een verzekeraar wegens onnodige vertraging van de schadeafwikkeling systematisch verdedigbaar is. Op die plek kon nog niet worden gezegd op grond van welke functie smartengeld in dergelijke gevallen kon worden toegekend.⁷³ Op deze plaats is een dergelijke functie in de vorm van de rechtshandavingsfunctie voorhanden. Tot welke conclusie leidt de gezichtspunten-analyse?

Op het eerste gezicht lijkt geen sprake te zijn van schending van een bepaald recht. Is het slachtoffer contractspartij van de verzekeraar, dan lijkt onnodige vertraging bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst vooral strijd met de redelijkheid en billijkheid op te leveren. Ditzelfde geldt indien het de vordering betreft van een slachtoffer jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker. Het is echter de vraag of men in onnodige vertraging geen schending kan zien van art. 6 EVRM. Volgens dit artikel moeten rechters binnen een redelijke termijn beslissen.⁷⁴ Art. 6 EVRM is derhalve duidelijk geschreven voor verticale verhoudingen, maar niet is in te zien waarom horizontale werking volledig zou zijn uitgesloten. Voorwaarde daarvoor lijkt wel te zijn dat er, net als in de relatie overheid-burger, sprake is van een duidelijk verschil in macht of, anders geformuleerd, een duidelijke afhankelijkheidsrelatie. In de relatie slachtoffer-verzekeraar lijkt mij dat daaraan is voldaan. Vanuit deze invalshoek bekeken, vormen het eerste en het zesde gezichtspunt (aard van het geschonden recht en afhankelijkheid van de benadeelde) argumenten voor vergoeding van immateriële schade. Voor de toekenning van smartengeld pleit ook dat de verzekeraar voordeel kan hebben bij moedwillige vertraging van de schadeafwikkeling. Vertraging van de afwikkeling kan namelijk als onderhandelingstactiek worden gebruikt om het slachtoffer ertoe te bewegen voor een relatief laag bedrag te schikken. Dit betekent dat ook het vijfde gezichtspunt wijst in de richting van vergoeding van immateriële schade ter rechtshandaving. De verplichting tot betaling van de wettelijke rente vormt geen voldoende prikkel om geen vertragingstactieken toe te passen, zodat ook het vierde gezichtspunt een argument voor de toekenning van smartengeld

⁷¹ Zie hiervoor nr. 317.

⁷² Zie hiervoor nr. 316.

⁷³ Zie hiervoor nr. 315.

⁷⁴ Zie hiervoor nr. 314.

oplevert. Het recht op schadeafwikkeling binnen een redelijke termijn is verder een buitengewoon kwetsbaar recht. De verzekeraar kan door eenvoudig stilzitten het recht op uitkering frustreren. Het derde gezichtspunt wijst derhalve eveneens in de richting van vergoeding van immateriële schade. Tenslotte is er met betrekking tot ongevals-slachtoffers een goede kans dat zij zich vrij ernstige zorgen maken als de schadeafwikkeling niet binnen een redelijke termijn rond komt. Zolang de schadeafwikkeling niet is afgerond, behoort het ongeluk nog niet geheel tot het verleden zodat het slachtoffer mentaal geen nieuwe start kan maken. Met betrekking tot slachtoffers van fysiek letsel is daarom verdedigbaar dat ook het zevende gezichtspunt pleit voor de toekenning van smartengeld. Het geheel overziend, acht ik de toekenning van smartengeld wegens vertraging bij de schadeafwikkeling door een verzekeraar gerechtvaardigd op grond van de rechtshandhavingsfunctie.

Voortbouwend op het voorgaande is het niet ondenkbaar dat ook in andere relaties waarin de ene partij een zwakkere positie inneemt ten opzichte van de andere partij een recht op smartengeld kan worden toegekend ter handhaving van processuele rechten van de zwakke partij. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan schending van het – in verticale verhoudingen eveneens door art. 6 EVRM beschermde – beginsel van hoor- en wederhoor in de context van een arbeidsverhouding. Dat de lagere rechter hier wellicht voor open staat, blijkt uit een niet gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Haarlem.⁷⁵ In deze zaak kende de rechter f 10.000,- toe aan een geestelijk verzorger in het Nederlandse leger die door een intrekkingbesluit van de waarnemend Ordinarius Militaris zijn functie kwijtraakte. Dit besluit was in strijd met het beginsel van hoor- en wederhoor tot stand gekomen en was in de beroepsprocedure bij de Pauselijke Raad voor de Leken slechts marginaal getoetst waarbij de beslissing van de Raad met onvoldoende redenen was omkleed. Aldus zijn naar het oordeel van de Rechtbank elementaire beginselen van procesrecht zoals neergelegd in art. 6 EVRM geschonden. Het smartengeld wordt gemotiveerd met verwijzing naar de verstrekken-de gevolgen die het intrekkingbesluit voor de benadeelde had en het feit dat hij "(...) gedurende de gehele kerkelijke beroepsgang onder psychische druk heeft gestaan en frustratie heeft ondervonden ten gevolge van het feit dat zijn argumenten niet inhoudelijk werden beoordeeld."⁷⁶

Met de toekenning van smartengeld kan worden ingestemd. De daaraan ten grondslag liggende motivering is mijns inziens echter niet juist. Ten eerste heeft de psychische druk niet geleid tot objectiveerbaar leed in de vorm van psychisch letsel (bijvoorbeeld een Post Traumatische Stress Stoornis). De psychische druk die de Rechtbank kennelijk zo ernstig acht dat zij smartengeld toekent, kan immers door een veelheid van handelingen worden veroorzaakt: een onterecht gelegd beslag, een onterecht aangespannen juridische procedure, zaaksbeschadiging, een onbeleefde behandeling door een arts etc. In al deze gevallen bestaat echter geen recht op smartengeld, aangezien de Hoge Raad heeft bepaald dat 'enkel psychisch onbehagen' niet voor vergoeding in aanmerking komt.⁷⁷ De Rechtbank doet geen enkele poging het leed dat de benadeelde hier heeft geleden te onderscheiden van dergelijk niet vergoedbaar 'enkel

⁷⁵ Rb Haarlem 23 november 1999, 42241/HA ZA 97-1997.

⁷⁶ Rov. 5.28.

⁷⁷ Zie bijvoorbeeld HR 13 februari 1995, NJ 1997, 366, nt. CJHB.

psychisch onbehagen'. Hoewel de motivering niet deugt, moet worden toegegeven dat de heersende compensatiefunctie noopt tot de door de Rechtbank ondernomen exercitie. Volgens deze functie dient smartengeld ter compensatie van leed; wie smartengeld wil toekennen moet derhalve – hoe dan ook – leed lokaliseren, hetgeen tot gewrongen redeneringen leidt. Niet de compensatiefunctie maar de rechtshandhavingsfunctie vormt de grondslag voor de toekenning van smartengeld in deze zaak. Smartengeld dient niet ter compensatie van leed, maar ter handhaving van het beginsel van hoor- en wederhoor (art. 6 EVRM). Zonder de toekenning van 'smartengeld' zou het beginsel van hoor- en wederhoor niet worden gehandhaafd, aangezien schending in de meeste gevallen niet leidt tot objectiveerbaar leed (waarvoor op grond van de compensatiefunctie wel smartengeld kan worden toegekend) en evenmin altijd resulteert in concrete vermogensschade.⁷⁸

Het valt overigens te betwijfelen of de toekenning van smartengeld wegens schending van processuele zorgvuldigheidsnormen in privaatrechtelijke verhoudingen ('private due process'⁷⁹) in overeenstemming is met huidige jurisprudentie van de Hoge Raad. In Van der Peijl/Erasmus college vorderde een leraar smartengeld wegens het feit dat zijn dienstverband zonder motivering niet was verlengd.⁸⁰ Ook na herhaaldelijk verzoek is geen motivering gegeven. Het Hof kende smartengeld toe maar de Hoge Raad casseerde en overwoog dat "(...) het leed dat wordt ondervonden doordat een voor de gelaedeerde belangrijk besluit als het onderhavige jegens hem niet is gemotiveerd, niet een nadeel is dat recht geeft op schadevergoeding." Het enkele feit dat zodanig leed is geleden kan niet als een aantasting van de persoon worden beschouwd aldus de Hoge Raad. Interessant is dat waarnemend A-G Bloembergen in beginsel wel positief tegenover de toekenning van smartengeld stond.⁸¹ Het niet motiveren van de beslissing vormde in zijn ogen een aantasting in de persoon.⁸²

Het recht op smartengeld vormt in de in deze paragraaf behandelde gevallen een tegenwicht tegen particuliere machtsconcentratie en de eventuele misbruiken die daaruit voortvloeien. Terecht stelt Biesheuvel dat grondrechten macht, en dus de

78 In bepaalde gevallen zal wel sprake kunnen zijn van vermogensschade. Denk bijvoorbeeld aan een procedure die verloren is, omdat relevante gegevens niet aan het licht kwamen door schending van het beginsel van hoor en wederhoor.

79 Givelber, 82 Colum LR 43 (1982), zie hiervoor nr. 307.

80 HR 27 februari 1987, NJ 1987, 584.

81 Conclusie nr. 7. Hoewel de vordering van Van der Peijl was gebaseerd op onrechtmatige daad zocht Bloembergen voor dit standpunt ook aansluiting bij art. 1637w (oud) BW.

82 Wel in het voordeel van de werknemer werd beslist in HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, nt. PAS. In deze zaak was Hofman door zijn werkgever (Nuts) plotseling in een gesprek medegedeeld dat ernstige bedenkingen waren gerezen tegen zijn functioneren als afdelingshoofd. Hofman stelde hierdoor arbeidsongeschikt te zijn geraakt en verweet zijn werkgever bovendien verantwoordelijk te zijn voor voortdurende en verergering daarvan door stelselmatig te weigeren om uitleg te geven over de jegens hem gerezen bedenkingen. Hofman vordert vergoeding van (im)materiële schade en de werkgever verweert zich onder andere door het causaal verband te betwisten: Hofman was in het verleden al overspannen geweest, hij werd voor het bewuste gesprek al psychiatrisch behandeld wegens een depressie welke samenhang met zijn sensitieve en dwangmatige persoonlijkheidsstructuur. De Rechtbank veroordeelt Nuts onder meer tot betaling van f 25.000,- aan smartengeld. De Hoge Raad verwierpt het cassatieberoep van Nuts. Deze zaak is in die zin anders dat Hofman arbeidsongeschikt was geworden, maar het is niet ondenkbaar dat de onredelijkheid van het gedrag van de werkgever ook een rol te heeft gespeeld. Zie over deze uitspraak hiervoor nrs. 115 en 316.

particuliere bezitter van macht, volgen.⁸³ Handhaving van 'due process' in horizontale verhoudingen is daarom zeker wenselijk. De opmerking van Kortmann dat de burger nu eenmaal (en gelukkig) niet onderworpen is aan het gezag van zijn medeburger op de wijze waarop hij dit aan de overheid is, lijkt mij niet in overeenstemming met de maatschappelijke realiteit.⁸⁴

3.6 'Wrongful birth'

397 De term 'wrongful birth' wordt gebruikt ter aanduiding van gevallen waarin ten gevolge van de fout van een ander een ongewenst (ongepland) kind is geboren. Te denken valt aan een mislukte sterilisatie, een mislukte abortus, een gebrekkig voorbehoedsmiddel of aan een verkrachting. Er zijn dan verschillende immateriële schadeposten denkbaar.⁸⁵ In de eerste plaats ondervindt de moeder hinder en pijn door de zwangerschap en de daarop volgende geboorte. In de tweede plaats zal de geboorte van een niet gepland kind haar leven diepgaand beïnvloeden. In ieder geval zal zij haar toekomstplannen moeten bijstellen. Met name in gevallen waarin het ongeplande kind gehandicapt is, zal de 'impact' op het dagelijks leven groot zijn. Dit geldt natuurlijk niet alleen voor de moeder, maar ook voor de vader. Indien de 'wrongful birth' het gevolg is van een verkrachting zal de moeder bovendien door de aanwezigheid van het kind permanent worden herinnerd aan deze traumatische gebeurtenis. In de derde plaats kan de situatie zich voordoen dat de moeder zich opnieuw moet laten steriliseren of opnieuw een spiraaltje moet laten plaatsen. Het hierdoor veroorzaakte fysieke ongemak vormt ook immateriële schade.⁸⁶

De vraag in hoeverre vergoeding van immateriële schade mogelijk is, is naar geldend recht eenvoudig te beantwoorden. De Hoge Raad heeft namelijk in een geval waarin de ongewenste zwangerschap en geboorte het gevolg was van een medische fout⁸⁷ uitgemaakt dat de moeder alleen recht op smartengeld heeft, indien zij psychisch letsel heeft geleden.⁸⁸ In de literatuur is echter betoogd dat de moeder altijd recht dient te hebben op smartengeld ter compensatie van de met de zwangerschap

83 Biesheuvel, 1986, p. 48.

84 Kortmann, 1997, p. 355.

85 Natuurlijk leidt de ongeplande geboorte van een kind ook tot vermogensschade in de vorm van opvoedkosten en gederfde inkomsten omdat bijvoorbeeld de moeder besluit parttime te gaan werken om de verzorging van het kind op zich te nemen. De vraag in hoeverre vergoeding van vermogensschade mogelijk dient te zijn is evenals de vraag naar vergoeding van immateriële schade omstreden. Sinds HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB staat vast dat de opvoedingskosten (tot het achttiende levensjaar) en gederfde inkomsten in principe voor vergoeding in aanmerking komen. In het kader van dit onderzoek blijft het recht op vergoeding van vermogensschade bij 'wrongful birth' verder buiten beschouwing.

86 Vgl. Stolker, 1988, p. 155. Dit fysieke ongemak staat overigens los van de ongewilde zwangerschap en staat derhalve strikt genomen los van 'wrongful birth'.

87 De fout bestond uit het niet terugplaatsen van een spiraaltje tijdens een operatie.

88 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB.

en daaropvolgende geboorte gepaard gaande fysieke ongemakken.⁸⁹ Verder is verdedigd dat de extra belasting die voortvloeit uit de verzorging van een gehandicapt kind recht dient te geven op smartengeld.⁹⁰ Dit laatste is blijkens een latere uitspraak van de Hoge Raad echter niet mogelijk.⁹¹ Meer in het algemeen valt te constateren dat de 'wrongful birth'-problematiek in de literatuur omstreden is.⁹² Tegen vergoeding van immateriële schade is ingebracht dat de geboorte van een kind een vreugdevolle gebeurtenis is. Eventuele ongemakken en onlustgevoelens zouden hier tegen (bij wijze van voordeelsverrekening, art. 6:100 BW) wegvallen. Verder zou het kind later psychische schade kunnen ondervinden als het te weten komt dat zijn ouders in verband met zijn geboorte schadevergoeding hebben gevorderd en ontvangen.⁹³

De zwakte van de compensatiefunctie van smartengeld blijkt duidelijk bij de 'wrongful birth'-problematiek. Om vergoeding van immateriële schade te verkrijgen, zijn ouders in wezen gedwongen om te stellen dat zij als gevolg van de geboorte van een ongewenst kind ernstig leed hebben ondervonden of nog zullen ondervinden. Een dergelijke stelling komt niet sympathiek over. Zowel de ouders zelf als de rechter zullen hier moeite mee hebben.⁹⁴ Tegelijkertijd is de beslissing van de ouders om geen kind te krijgen doorkruist en is hen in zoverre schade toegebracht. Dit aspect wordt echter niet verdisconteerd in een op een compensatiefunctie gebaseerde benadering.

De rechtshandhavingsfunctie kan hier uitkomst bieden. Vanuit dit perspectief staat niet het eventuele leed van de ouders centraal, maar het feit dat ze in hun beslissingsvrijheid zijn aangetast. Gezinsuitbreiding betekent een ingrijpende verandering van het persoonlijke leven en vormt derhalve mijns inziens een inbreuk op de privacy.⁹⁵

89 Lindenberg, 1998, p. 161; Verheij, VR 1998, p. 355. Het Duitse BGH heeft in die zin beslist. Zie BGH 18-3-1980, NJW 1980, p. 1452 en BGHZ 86, 240 (18-1-1983). Het BGH kwalificeerde ongewenste zwangerschap als een 'Körperverletzung' die op grond van par. 847 BGB recht gaf op smartengeld. Aan deze extensieve interpretatie van het begrip 'Körper' lag de overweging ten grondslag dat anders "(...) das Recht am eigenen Körper als gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht hinreichend geschützt wäre." (BGH 18-3-1980, NJW 1980, p. 1453). In Engeland wordt ook smartengeld toegekend wegens het met de zwangerschap en bevalling verbonden leed, zie Udale v. Bloomsbury H.A. (1983), 1 WLR 1098. Stolker, 1988, p. 156 wil wel smartengeld toekennen wegens de angst en pijn van een nieuwe sterilisatie, maar niet voor de angst en pijn die het gevolg is van de bevalling.

90 Hartlief, Vrb 1997, p. 35; Verheij, VR 1998, p. 355.

91 HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB. Aan dit arrest lag overigens geen 'wrongful birth' ten grondslag. De handicap van het kind was het gevolg van een medische fout bij een operatie die na de geboorte plaatsvond. Zie over deze uitspraak hiervoor nr. 174.

92 Zie Hijma, Wrongful birth, AA 1997, nr. 6, p. 431-438; Van Roermund, RW 1997, p. 1313-1318 en idem, RM Themis 1998, p. 3-10; Sutorius, Lijftogt, Leijten, Hirsch Ballin, Nieuwenhuis, Legemaate, Verdonk en Cobben, NJB 1997, p. 475-481 en reacties van Heida en Slot in NJB 1997, p. 1176-1177; Stolker, WPNR 6262 (1997), p. 191-196 en zijn annotatie in A&V 1997, p. 102; Vansweevelt, NTBR 1997, p. 320-325.

93 Dit laatste argument is ook opgevoerd tegen vergoeding van vermogensschade. De Hoge Raad overwoog daartegen in rov. 3.9 van HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB onder meer: "In de tweede plaats is het voorkomen van vooralsnog anonieme gezinsuitbreiding iets van geheel andere orde dan het niet wensen of aanvaarden van het kind als het eenmaal zijn individuele menselijke identiteit heeft verkregen."

94 Nog afgezien van eventuele latere reacties van het kind in kwestie.

95 'Wrongful birth' vormt derhalve het spiegelbeeld van affectieschade. In het ene geval bestaat de inbreuk op de privacy uit een ongewenste uitbreiding van het gezin, in het andere geval wordt de inbreuk gevormd door een ongewenst wegvallen van een ander.

Meer specifiek zou men kunnen stellen dat het recht op privacy een 'recht op gezinsplanning' insluit.⁹⁶ Het eerste gezichtspunt wijst derhalve in de richting van toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving. Verder is de zelfbeschikking ten aanzien van de wijze waarop men zijn leven gestalte wil geven door de geboorte van een ongepland kind (blijvend) doorkruist. Aan het tweede gezichtspunt valt daarom eveneens een argument te ontleen voor de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving. Tegen vergoeding van immateriële schade pleit vooral dat de zelfbeschikking van de ouders al wordt gehandhaafd door de vordering tot vergoeding van vermogensschade. Opvoedingskosten en gederfde inkomsten komen namelijk in beginsel voor vergoeding in aanmerking.⁹⁷ Het zal hier om aanzienlijke bedragen gaan en een naar verhouding gering bedrag aan smartengeld wegens schending van het recht op gezinsplanning voegt daaraan weinig toe.

Persoonlijk zou ik er geen moeite mee hebben om steeds smartengeld toe te kennen wegens een inbreuk op het recht op gezinsplanning. De keuze om al dan niet kinderen te krijgen, is één van de meest fundamentele beslissingen die een mens kan nemen. Extra rechtshandhaving (naast vergoeding van vermogensschade) is tegen die achtergrond mijns inziens verdedigbaar. Tegelijkertijd valt niet te ontkennen dat er hier geen sprake is van ernstig handhavingstekort.⁹⁸ Afzien van verdere rechtshandhaving door geen smartengeld toe te kennen, is derhalve eveneens een verdedigbaar standpunt.⁹⁹

3.7 'Wrongful life'

398 'Wrongful life' wordt vaak in één adem genoemd met het hiervoor in nr. 397 behandelde probleem van 'wrongful birth'. Het verschil met 'wrongful birth' is dat de 'wrongful life'-vordering niet door de ouders van het ongewenst geboren kind wordt ingesteld, maar door het ongewenste kind zelf. Het kind is namelijk ernstig gehandicapt en vordert schadevergoeding (zowel vermogensschade als smartengeld) wegens een leven vol lijden. Achtergrond van de 'wrongful life'-vordering is vaak een medische fout die er op neer komt dat ouders niet op de hoogte zijn gesteld van de mogelijkheid dat hun kind ten gevolge van een genetische afwijking erfelijk belast is ('wrongful genetic counselling'). Namens het kind wordt betoogd dat indien de arts

96 In Duitsland is in de literatuur in dit verband voorgesteld om een 'Recht auf Familienplanung' te erkennen. Voor wat betreft vergoeding van immateriële schade is de jurisprudentie hier niet in mee gegaan, zie BGHZ 86, 240 (18-1-1983) en met verwijzingen Staudinger-Hager, 1999, par. 823, Rz C 245.

97 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB. Opvoedingskosten worden overigens slechts tot het achtste levensjaar vergoed.

98 Hierin wijkt de inbreuk op de privacy door gezinsuitbreiding af van de inbreuk op de privacy door overlijden of ernstige verwonding van een gezinslid (affectieschade). Verder is er in het geval van affectieschade een gerede kans dat nauwe verwanten ernstig leed ondervinden. Of de Hoge Raad ongewenste gezinsuitbreiding als een inbreuk op de privacy wil zien is de vraag nu hij een ernstige verwonding niet als zodanig ziet, zie het baby Joost-arrest (HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB). Zie over dit arrest hiervoor nr. 174.

99 Dit is slechts anders in geval van verkrachting. In dat geval is mijns inziens – los van andere vorderingen tot schadevergoeding – steeds plaats voor een aparte vergoeding van immateriële schade.

de ouders tijdig had ingelicht, zij voor een afbreking van de zwangerschap zouden hebben gekozen.

De 'wrongful life'-vordering is nog meer omstreden dan de 'wrongful birth'-vordering.¹⁰⁰ Een belangrijk bezwaar tegen toewijzing van deze vordering is dat niet goed te bepalen is wat de schade van het gehandicapte kind is. Als geen medische fout was gemaakt, was het kind immers niet geboren. Het is daarom niet mogelijk om ter bepaling van de schade een vergelijking te maken tussen de huidige situatie en de hypothetische situatie zoals die zich had ontwikkeld zonder de fout. De compensatiefunctie verschaft derhalve geen duidelijke basis voor schadevergoeding. Het is dit probleem dat in de Nederlandse literatuur vaak onoverkomelijk wordt geacht.¹⁰¹ De Hoge Raad heeft zich nog niet over de 'wrongful life'-vordering hoeven uit te spreken.¹⁰²

Omdat het bestaan van schade niet valt te verifiëren, is de toekenning van schadevergoeding op grond van de compensatiefunctie niet goed mogelijk. Sommige auteurs zijn bereid om over dit dogmatische struikelblok heen te stappen.¹⁰³ Omdat vaststaat dat het kind een leven vol lijden tegemoet gaat en met ernstige beperkingen heeft te kampen, dient schadevergoeding volgens hen mogelijk te zijn.¹⁰⁴

Benadering van de 'wrongful life'-problematiek vanuit het standpunt van de rechtshandavingsfunctie leidt mijns inziens eveneens tot het oordeel dat er geen plaats is voor schadevergoeding. Struikelblok is nu niet de bepaling van de (omvang van de) schade, maar het ontbreken van een welomschreven al dan niet grondwettelijk recht waarop inbreuk is gemaakt. Er bestaat immers geen gepositieerd recht om gezond (of anders helemaal niet) geboren te worden.¹⁰⁵ Omgekeerd is het eerder zo dat toekenning van schadevergoeding in wezen leidt tot erkenning van een dergelijk recht. Erkenning van het recht om gezond of in het geheel niet ter wereld te komen, is echter problematisch omdat het botst met de bevoegdheid van de ouders om niet tot een abortus te besluiten. Erkenning van een recht om gezond geboren te worden, lijkt te leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid van ouders jegens hun kinderen voor

100 In Frankrijk geeft 'wrongful life' wel recht op schadevergoeding, zie Cass. Ass. plén. 17-11-2000, JCP 2000, II, 10438, note Chabas.

101 Stolker, 1991, p. 14-16; Stolker, Levine, A&V 1997, p. 42-44; Hol, AA 1996, p. 276. Sluyters, 1990, p. 142-144 is ook van mening dat de onmogelijkheid de schade te bepalen in de weg staat aan toewijzing van de 'wrongful life'-vordering'. Hij geeft er echter de voorkeur aan de afwijzing te steunen op de afwezigheid van een rechtsplicht van de arts ten opzichte van het (ongeboren) kind. Een dergelijke rechtsplicht zou volgens hem neerkomen op een plicht het leven van het kind te voorkomen of beëindigen.

102 In de lagere rechtspraak is alleen te wijzen op Rb Den Haag 2 februari 2000, L&S 2000, p. 38. Deze zaak betrof echter geen 'echte' 'wrongful life'-vordering omdat het kind niet had gesteld schadevergoeding te willen hebben omdat het geboren was. Het maakte geen bezwaar tegen zijn geboorte, maar slechts tegen zijn handicap. Deze uitspraak – waartegen hoger beroep is ingesteld – is commentarieerd door Lindenberg, TVP 2000, p. 31-36 en Slabbers, Vrb 2000, p. 61-65.

103 Zie Schoonenbergh, 1986, p. 61-78; Schoordijk, 1988, p. 129-143 en idem, NTBR 2001, p. 212-218 en Van, 1996, p. 107.

104 Sluyters, 1990, p. 145 betoogt daarentegen dat het de verantwoordelijkheid van de overheid is om te zorgen dat gehandicapten een menswaardig bestaan hebben.

105 Van, 1996, p. 108 ziet hier geen bezwaar. Het recht van het kind om gezond ter wereld te komen is volgens hem een logisch uitvloeisel van de plicht van de ouders om te waken over de gezondheid van het ongeboren kind.

hun beslissing om niet te aborteren, hoewel zij wisten dat hun kind gehandicapt zou zijn.¹⁰⁶ Als kinderen hun ouders niet aansprakelijk kunnen stellen, lijkt niet goed verdedigbaar dat zij een arts of ziekenhuis wel aansprakelijk zouden kunnen stellen. Bij het ontbreken van een (eventueel) te handhaven recht ontvalt de basis aan rechtshandhaving en dus ook aan de eventuele toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving. Men komt derhalve eenvoudig niet toe aan de hier gepresenteerde gezichtspuntenanalyse.

3.8 Vernietiging van sperma

399 In Duitsland heeft het BGH vergoeding van immateriële schade toegekend in een geval waarin sperma was vernietigd.¹⁰⁷ In deze zaak had een man zijn sperma laten invriezen in een ziekenhuis voorafgaand aan een operatie die hem onvruchtbaar zou maken. Door een fout in het ziekenhuis werd het sperma vernietigd zodat de man een aantal jaren later geen kind kon krijgen toen hij dat wilde. Het BGH kende een smartengeld van DM 25.000 toe.¹⁰⁸ In Nederland is niet geheel duidelijk of in dit geval recht op smartengeld bestaat. Broekhuijsen-Molenaar heeft betoogd dat dit het geval is. Volgens haar heeft een man een persoonlijkheidsrecht met betrekking tot zijn sperma. Hieruit vloeit een gebruiksrecht voort.¹⁰⁹ Het persoonlijkheidsrecht wordt gerechtvaardigd door het feit dat sperma genetisch materiaal bevat. Vernietiging van het sperma komt vervolgens neer op een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW. Lindenbergh noemt dit geval, maar laat de kwestie voor het overige in het midden.¹¹⁰ Hij lijkt wat betreft 'voortplantingsperikelen' (onder meer 'wrongful birth') slechts recht op smartengeld te willen toekennen wanneer er sprake is van leed dat voldoende verband houdt met schending van de lichamelijke integriteit. De vernietiging van sperma zou in die optiek geen recht op smartengeld geven.

In navolging van de Duitse jurisprudentie ben ik van mening dat de vernietiging van sperma recht dient te geven op smartengeld. Bij afwezigheid van fysiek letsel en derhalve van objectiveerbaar leed is de reden hiervoor slechts in de rechtshandhavingfunctie te vinden. De onmogelijkheid zich voort te planten, kan worden gezien als een inbreuk op de privacy.¹¹¹ Door vernietiging van sperma wordt de zelfbeschikking die aan een ieder toekomt ten aanzien van de eigen voortplanting immers op niet meer ongedaan te maken wijze doorkruist (tweede gezichtspunt). Bovendien beschikt de benadeelde over geen enkel ander middel om te reageren op zijn geschon-

106 Met name Schut, RMTh 1987, p. 1-4 acht dit bezwaarlijk.

107 BGH 9-11-1993, VersR 1994, p. 55.

108 De vernietiging van het sperma werd als 'Körperverletzung' gekwalificeerd zodat de grondslag van het smartengeld par. 847 I BGB was. Het BGH had er ook voor kunnen kiezen de vergoeding van immateriële schade direct op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' te baseren, maar daarmee was spanning ontstaan met de eerdere afwijzing van het 'Recht auf Familienplanung' (BGHZ 86, 240, (18-1-1983)), zie Laufs en Reiling, NJW 1994, p. 775-776. Zie voor het 'Recht auf Familienplanung' hierboven nr. 397.

109 Broekhuijsen-Molenaar, 1995, p. 161-166.

110 Lindenbergh, 1998, p. 160-162.

111 Vgl. hetgeen hierboven in nrs. 395 en 397 is gezegd.

den recht (vierde gezichtspunt). Hoogstens kan hij het reeds voor de conservering van zijn sperma betaalde geld terugkrijgen, maar daarmee is natuurlijk niets gewonnen. Verder is voorstelbaar, hoewel niet bewijsbaar, dat de benadeelde vrij ernstig verdriet ondervindt als gevolg van de gang van zaken (zevende gezichtspunt).

Al met al lijkt mij de toekenning van smartengeld verdedigbaar. Vasthouden aan het vereiste dat er sprake moet zijn van lichamelijk letsel zou bovendien tot rechtsongelijkheid leiden. Een vrouw die bijvoorbeeld ten gevolge van een foutief uitgevoerde abortus onvruchtbaar wordt, zou namelijk in principe wel recht hebben op smartengeld. Door vast te houden aan het vereiste van inbreuk op de fysieke integriteit wordt verhuld waar het werkelijk om gaat, namelijk om doorkruising van de zelfbeschikking ten aanzien van de voortplanting.

3.9 Informatieverschaffing en informatieonthouding

400 In bepaalde gevallen bestaat er een wettelijke plicht tot het verschaffen of het onthouden van informatie. Naar mijn mening geeft de schending van een dergelijke verplichting in sommige gevallen bij wijze van rechtshandhaving recht op smartengeld.

Allereerst legt art. 7:448 BW aan de arts een informatieplicht op jegens de patiënt. De arts moet de patiënt duidelijk inlichten over de aard en de risico's van een voorgestelde medische behandeling zodat de laatste een weloverwogen keuze kan maken. Schendt de arts deze verplichting, dan is mijns inziens verdedigbaar dat de patiënt recht heeft op smartengeld. Art. 7:448 BW geeft namelijk uitdrukking aan de gedachte dat de patiënt met betrekking tot zijn eigen lichaam een recht op zelfbeschikking heeft en om dit te kunnen uitoefenen, dient hij geïnformeerd te zijn.¹¹² Niet-nakoming van de informatieplicht van art. 7:448 BW vormt dus een aantasting van de zelfbeschikking met betrekking tot het eigen lichaam. Gezichtspunt twee wijst derhalve in de richting van toekenning van smartengeld. Hiertegen valt aan te voeren dat schending van deze informatieplicht soms wordt gehandhaafd door een vordering tot schadevergoeding wegens letsel. Indien het risico dat aan een bepaalde operatie kleefte zich namelijk heeft verwezenlijkt en een patiënt daardoor schade lijdt in de vorm van fysiek letsel, heeft hij recht op vergoeding daarvan indien hij kan aantonen dat hij van tevoren niet was geïnformeerd over de aan de operatie inherente risico's. Er is dus geen sprake van een totaal gebrek aan handhaving. Verdedigbaar is echter dat een vordering tot smartengeld gewenst is om het recht op zelfbeschikking met betrekking tot het eigen lichaam volledig tot zijn recht te laten komen.

Het recht op zelfbeschikking met betrekking tot het eigen lichaam wordt niet altijd (indirect) gehandhaafd door de vordering tot vergoeding van letselschade. Het kan op het eerste gezicht onbillijk schijnen om bij een geslaagde operatie toch smartengeld

112 Zelfbeschikking is een waarde die in het gezondheidsrecht een belangrijke plaats inneemt. Volgens Leenen is zelfbeschikking een rechtsbeginsel dat, hoewel het niet als zodanig in de grondwet is neergelegd, de rechtsvorming niettemin doortrekt, zie Leenen, 2000, hoofdstuk 3. Hoewel hij zelfbeschikking als een beginsel ziet, hanteert Leenen wel de term zelfbeschikkingsrecht (p. 32). Zie kritisch Sluyters, 1985.

toe te kennen, maar dat is niet onder alle omstandigheden het geval. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een kankerpatiënt wordt geopereerd zonder dat hij op de hoogte is gesteld van een alternatieve behandeling door middel van bestraling. Ook als de operatie geslaagd is, is een recht op smartengeld niet per definitie onredelijk.¹¹³ Een ander (extremer) voorbeeld spreekt wellicht nog meer tot de verbeelding. Stel dat een arts in het kader van een bepaalde maagoperatie ook 'bij wijze van voorzorgsmaatregel' de blinde darm van de patiënt weghaalt. Hoewel de patiënt hier, indien de operatie geslaagd is, niet slechter van wordt, lijkt smartengeld ter rechtshandhaving mij zonder meer verdedigbaar.

De patiënt dient aannemelijk te maken dat indien hij wel juist zou zijn geïnformeerd, hij geen toestemming zou hebben gegeven voor de desbetreffende medische ingreep. Relevant zijn in dat verband¹¹⁴:

- 1 de aard en de ernst van de risico's die aan de zonder 'informed consent' uitgevoerde medische ingreep kleven;
- 2 de vraag of het gaat om een medisch geïndiceerde ingreep of een medisch niet-geïndiceerde ingreep;
- 3 de aanwezigheid van reële alternatieven.

Eén of meer van deze omstandigheden kunnen de stelling van de patiënt dat hij geen toestemming zou hebben gegeven onderbouwen en bepalen tevens de ernst van de inbreuk op de zelfbeschikking.

De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen. Door het opdringen van ongewenste informatie wordt namelijk eveneens inbreuk gemaakt op de zelfbeschikking van de patiënt. Een patiënt heeft – in beginsel – het recht om niet op de hoogte te worden gebracht (art. 7:449 BW).¹¹⁵ Licht de arts hem ten onrechte toch in, dan handelt hij in strijd met de uitdrukkelijke wil van de patiënt en tast zo diens zelfbeschikking aan. Een zo grove veronachtzaming van zijn wil geeft de patiënt naar mijn mening krachtens de rechtshandavingsfunctie recht op smartengeld. Hiervoor pleit niet alleen de aantasting van zelfbeschikking van de patiënt (tweede gezichtspunt), maar vooral ook dat het recht op 'niet-weten' zonder een recht op smartengeld in het geheel niet gehandhaafd zou worden (vierde gezichtspunt).

Tenslotte is verdedigbaar dat vernietiging van informatie onder omstandigheden recht geeft op smartengeld. Ik denk daarbij aan een variant van het geval dat ten grondslag lag aan het Valkenhorst II-arrest.¹¹⁶ Eiseres in deze zaak vorderde van

113 Vgl. Verheij, RMTh 1998, p. 349 en Giesen, 1999, p. 82. Interessant in dit verband is Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvG 1998, 48. In deze zaak werd een patiënt niet geïnformeerd over het feit dat door een bepaalde behandeling de kans op slokdarmspataderen zou toenemen. De patiënt kreeg later een slokdarmbloeding. Het Hof liet de toekenning van een voorschot op de (immateriële) schade door de president in kort-geding in stand. Het nam tot uitgangspunt dat niet aannemelijk is geworden dat indien de patiënt wel zou zijn geïnformeerd over de mogelijkheid van slokdarmbloedingen deze voorkomen hadden kunnen worden. Derhalve had de tekortkoming van het ziekenhuis geen lichamelijk letsel tot gevolg gehad. Het Hof overwoog vervolgens dat doordat de patiënt niet op de hoogte was gesteld de slokdarmbloeding voor hem volkomen onverwacht kwam en dat hem daardoor onnodig leed was toegebracht. Voorts overwoog het Hof dat door het achterhouden van de informatie de patiënt in zijn zelfbeschikkingsrecht en daardoor in zijn persoon was aangetast.

114 Giesen, 1999, p. 48-49.

115 Vgl. voor Duitsland Larenz/Canaris, 1994, par. 80 II, p. 514 met verwijzingen.

116 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, nt. WH-S.

Valkenhorst inzage in de in het verleden door haar moeder verstrekte gegevens omtrent haar vader. Valkenhorst was de rechtsopvolger van Moederheil, een Rooms-katholieke inrichting met als doelstelling het verlenen van zorg en begeleiding aan ongehuwde moeders en hun kinderen. De moeder van eiseres was daar destijds bevallen. Valkenhorst weigerde opening van zaken te geven, aangezien de nog levende moeder van eiseres daartoe geen toestemming had gegeven. De Hoge Raad stelde de eiseres in het gelijk door erkenning van een 'recht op afstammingskennis'. Dit recht leidde de Hoge Raad af uit het aan een aantal grondrechten ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht.¹¹⁷ Stel nu – in afwijking van wat in werkelijkheid is gebeurd – dat Valkenhorst de gegevens die zij bezat over de identiteit van de vader van eiseres zou hebben vernietigd, zodat eiseres hier nooit meer kennis van zou kunnen nemen. In dat geval lijkt mij dat de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving de enige mogelijkheid is om het recht op afstammingskennis meer dan een lege huls te doen zijn. De feiten die aan het Valkenhorst II-arrest ten grondslag lagen waren vrij bijzonder, maar niet ondenkbaar is dat het recht op afstammingskennis relevant zal blijken te zijn voor mensen die gegevens over hun zaaddonor proberen te achterhalen. Indien een spermabank de desbetreffende gegevens in strijd met daarvoor in de toekomst geldende wettelijke bepalingen heeft vernietigd, bestaat mijns inziens aanleiding voor de toekenning van smartengeld ter handhaving van het recht op afstammingskennis.¹¹⁸

Meer in het algemeen lijkt overigens vergoeding van immateriële schade wegens vernietiging van bewijsmateriaal niet noodzakelijk in het kader van de rechtshandhaving. Vernietigt bijvoorbeeld in een procedure wegens beroepsaansprakelijkheid een arts het medisch dossier van zijn patiënt en komt deze daardoor in ernstige bewijsproblemen, dan kan de rechter hierop reageren door een omkering van de bewijslast met als waarschijnlijk gevolg dat de arts aansprakelijk wordt gehouden.

3.10 Omgangsrecht, informatierecht en consultatierecht

3.10.1 Algemeen

401 Bij wet van 6 april 1995¹¹⁹ is in titel 15 van Boek 1 Burgerlijk Wetboek een regeling opgenomen betreffende het omgangsrecht, het informatierecht en het consultatierecht.¹²⁰ Volgens art. 1:377a lid 1 BW hebben het kind en de niet met het gezag be-

117 Zie hiervoor nr. 27. Art. 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind geeft een kind overigens ook het recht zijn of haar ouders te kennen.

118 Het wetsvoorstel van de Wet donorgegevens kunstmatige inseminatie (oorspronkelijk wetsvoorstel TK 1992-1993, 23 207, nr. 2, en gewijzigd wetsvoorstel EK 2000-2001, 23 207), voorziet niet in een specifiek privaatrechtelijk rechtsmiddel in geval van onzorgvuldige vernietiging van donorgegevens. Paragraaf 4 van het wetsvoorstel bevat slechts enige strafrechtelijke bepalingen.

119 Stb. 1995, 240.

120 Ten onrechte ontbreekt het consultatierecht in het opschrift van titel 15, zie Asser-De Boer, 1998, nr. 1024. Voor deze wet bestond een omgangsrecht op basis van art. 1:161a BW dat was ingevoerd bij wet van 13 september 1990, Stb. 482. Voor de totstandkoming van deze wettelijke regeling had de rechter deze rechten al gedeeltelijk gerealiseerd op basis van art. 8 EVRM waar hij in de familierechtelijke context directe werking toekende (Asser-De Boer, 1998, nrs. 1002, 1022). Met deze wettelijke

laste ouder recht op *omgang* met elkaar.¹²¹ Krachtens art. 1:377b BW en art. 1:377c BW heeft de niet met het gezag belaste ouder recht op *informatie* jegens de ouder die met het gezag is belast en jegens derden die daarover beroepshalve beschikken. Te denken valt met name aan zaken die met de school samenhangen, zoals schoolkeuze, leerprestaties, medische kwesties en financiële aangelegenheden.¹²² Op grond van art. 1:377b lid 1 BW heeft de niet met het gezag belaste ouder tevens een *consultatierecht* over gewichtige aangelegenheden met betrekking tot de persoon en het vermogen van het kind.¹²³ De niet met het gezag belaste ouder wordt zo in de gelegenheid gesteld om betrokken te blijven bij de opvoeding van zijn kind.

Consultatie gaat verder dan informatie. Voorafgaande aan de consultatie dient de verzorgende ouder de niet met het gezag belaste ouder te informeren, niet alleen over de relevante omstandigheden, maar ook omtrent de motieven die hij heeft om de bestaande toestand te wijzigen. Consultatie impliceert dat de verzorgende ouder de opvattingen van de andere ouder in overweging neemt.

3.10.2 Rechtshandhavingsperspectief

402 Het lijkt mij dat op grond van de rechtshandhavingsfunctie de toekenning van smartengeld op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW verdedigbaar is in geval van schending van een omgangs-, informatie- of consultatierecht.¹²⁴ Het gaat om rechten met een persoonlijk karakter waaraan een hoge juridische status toekomt¹²⁵ en die derhalve een zo effectief mogelijke bescherming verdienen. Dit klemte meer nu de Nederlandse overheid volgens jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een positieve verplichting heeft om het recht op omgang te verzekeren en het Hof in geval van schending bereid is smartengeld toe te kennen.¹²⁶ De zelfbeschikking van de niet met het gezag belaste ouder wordt met name ernstig aangetast wanneer hij zijn kind(eren) niet ziet doordat een omgangsregeling niet wordt nage-

regeling is overigens geen einde gekomen aan de directe werking van art. 8 EVRM. De rechter zal het nieuwe recht kunnen en moeten toetsen aan dit artikel (Asser-De Boer, 1998, nr. 1004).

121 De omgangsproblematiek speelt overigens niet alleen ten aanzien van niet met het gezag belaste ouders. In geval van een ondertoezichtstelling kan ook de met het gezag belaste ouder hier mee te maken krijgen, zie art. 1:263a BW en art. 1:263b BW en Asser-De Boer, 1998, nrs. 858-859.

122 Asser-De Boer, 1998, nr. 1022.

123 Asser-De Boer, 1998, nr. 1024.

124 Onder omstandigheden valt mijns inziens een recht op smartengeld te baseren op art. 6:106 lid 1 sub a BW. Bijvoorbeeld wanneer een kind onder invloed van de met het gezag belaste ouder zich een zo negatief beeld vormt van de omgangsgerechtigde ouder dat de rechter op grond van art. 1:377a lid 3 sub c BW het recht op omgang ontzegt. Dit geldt ook indien een omgangsregeling met het oog op de belangen van het kind moet worden beëindigd, omdat de met het gezag belaste ouder zijn of haar woede over de omgangsregeling afreageert op het kind. Natuurlijk kan dit wellicht leiden tot een wijziging van het ouderlijk gezag, maar dit hoeft niet en in de tussentijd komt het 'family life' van het kind en de niet met het gezag belaste ouder in het gedrang. Het betreft hier echter vrij specifieke gevallen en in de praktijk zullen de misdragingen van de met het gezag belaste ouder bovendien niet altijd eenvoudig te bewijzen zijn. Ter handhaving van omgangsrechten biedt art. 6:106 lid 1 sub a BW derhalve onvoldoende mogelijkheden.

125 Deze rechten zijn immers uitwerkingen van het recht op 'family life' zoals onder meer neergelegd in art. 8 EVRM.

126 Publ. ECHR 23 september 1994, Series A, vol. 299.

leefd. Het eerste en het tweede gezichtspunt vormen dan ook argumenten voor vergoeding van immateriële schade.

Tegen vergoeding van immateriële schade lijkt op het eerste gezicht vooral de aanwezigheid van andere handhavingsmiddelen te pleiten (vierde gezichtspunt). Hoewel de wet geen afzonderlijke handhavingsmiddelen kent, staat de niet met het gezag belaste ouder ook weer niet helemaal met lege handen. Om een omgangsregeling af te dwingen, kan in de eerste plaats aan een bevel tot afgifte ex art. 812-813 Rv¹²⁷ worden gedacht, reële executie derhalve, zonodig met hulp van de sterke arm. Volgens De Boer verzet art. 812 Rv zich hier niet tegen, hoewel de regeling eigenlijk is bedoeld voor gevallen waarin de openbare orde meer op de voorgrond staat.¹²⁸ In de tweede plaats valt te denken aan een veroordeling tot nakoming met een dwangsom als stok achter de deur.¹²⁹ In de derde plaats kan het frustreren van een omgangsregeling leiden tot vermindering of ontzegging van de echtgenotenalimentatie (art. 1:157 lid 1 en art. 1:401 BW). In de vierde plaats kan zelfs lijfswang worden toegepast. In de vijfde plaats kan als sanctie ook worden gedacht aan opschorting van de alimentatiebetaling. In de zesde plaats kunnen onder omstandigheden kindbeschermingsmaatregelen worden toegepast: ondertoezichtstelling (eventueel met uithuisplaatsing), ontheffing en ontzetting. Tenslotte kan de ouder die recht heeft op omgang met het kind trachten het gezag te wijzigen of daarmee dreigen. Dit is strikt genomen echter geen middel tot nakoming, maar een algehele wijziging van de situatie.¹³⁰ Wat met betrekking tot het omgangsrecht geldt, gaat mutatis mutandis op voor het informatierecht en het consultatierecht.¹³¹ In vergelijking met het afdwingen van een omgangsrecht is het afdwingen van een informatierecht minder problematisch, nu dit in de meeste gevallen geen ernstig nadeel zal toebrengen aan de belangen van het kind.¹³² Dit geldt in gelijke zin voor het consultatierecht. Ten aanzien van het consultatierecht merkt De Boer nog op dat de rechter de met het gezag belaste ouder kan verbieden de bestaande situatie te wijzigen zolang deze de consultatieplicht niet nakomt (art. 3:296 BW jo art. 3:326 BW).¹³³

De handhavende kracht van deze civielrechtelijke reactiemogelijkheden is evenwel vrij beperkt. Ten eerste is niet altijd sprake van echtgenotenalimentatie: beëindiging, vermindering of opschorting daarvan is daarom geen algemeen mogelijke reactie. Voorts is lijfswang, zoals De Boer terecht aangeeft, vaak niet in het belang van het

127 Art. 812 Rv luidt voor zover hier van belang als volgt: "Iedere beschikking betreffende de gezagsuitoefening over minderjarigen (...) geeft degene aan wie deze minderjarigen ingevolge de beschikking tijdelijk of blijvend worden toevertrouwd, van rechtswege het recht tot het aan hem den afgeven van deze minderjarigen, zonodig met behulp van de sterke arm." Art. 813 Rv luidt voor zover hier van belang als volgt: "1. Het openbaar ministerie verleent zo nodig zijn medewerking: (...) c. tot de afgifte van minderjarigen, als bedoeld in artikel 812; (...)"

128 Asser-De Boer, 1998, nr. 1012.

129 Vgl. bijv. HR 14 april 2000, NJ 2000, 358.

130 Asser-De Boer, 1998, nr. 1012.

131 Asser-De Boer, 1998, nrs. 1022 en 1024.

132 Asser-De Boer, 1998, nr. 1022.

133 Asser-De Boer, 1998, nr. 1024.

kind.¹³⁴ Slechts in zeer extreme gevallen van niet-nakoming van een omgangsregeling zal de rechter hiertoe overgaan. Dit middel vormt derhalve geen passend antwoord op de naar verhouding lichtere vergrijpen van schending van het informatie- en consultatierecht. De effectiviteit van oplegging van een dwangsom is beperkt indien de onwillige ouder onvermogen is. Bovendien moet ter verkrijging van deze mogelijkheid eerst de gang naar de rechter worden gemaakt. Voorts is gezagswijziging niet altijd mogelijk omdat de andere ouder niet steeds bereid of in staat is om het kind te verzorgen.¹³⁵ Voorwaarde voor de toepassing van een kindbeschermingsmaatregel is dat aan de daarvoor vereiste gronden is voldaan. Dat is vanzelfsprekend niet altijd het geval. Tenslotte kan onwil van de met het gezag belaste ouder in verband met het belang van het kind ook leiden tot een (tijdelijke) ontzegging van omgang met de andere ouder.¹³⁶ De onwillige ouder wordt aldus voor zijn onwil beloond.

De beperkte effectiviteit van de genoemde handhavingsmiddelen maakt het mijns inziens verdedigbaar dat smartengeld ter rechtshandhaving wordt toegekend.¹³⁷ De hoogte van het smartengeld wordt aan de hand van de billijkheid vastgesteld en de rechter heeft dus voldoende ruimte om rekening te houden met de financiële omstandigheden van de met het gezag belaste ouder die het omgangs-, informatie- of consultatierecht van de andere ouder frustreert.¹³⁸ Dit betekent dat de toekenning van smartengeld, evenals de oplegging van een dwangsom, niet effectief is bij onvermogen van de aansprakelijke ouder. Los daarvan vormt een recht op smartengeld een goede aanvulling op de mogelijkheid een dwangsom op te leggen aangezien dat laatste alleen voor de toekomst werkt en bovendien door de rechter in een procedure moet worden opgelegd.¹³⁹

Voor het welzijn van het kind hoeft tenslotte niet te worden gevreesd. De met het gezag belaste ouder mag bijvoorbeeld de eventuele kinderalimentatie niet aanwenden ter delging van het smartengeld. Doet hij dat toch en wordt het kind op die manier

134 Asser-De Boer, 1998, nr. 1012. Gevangenneming van de met het gezag belaste ouder kan een traumatiserend effect op het kind hebben. Voorts is denkbaar dat hij de niet met het gezag belaste ouder voor de gevangenneming verantwoordelijk stelt hetgeen hun relatie niet ten goede zal komen. Tenslotte kan lijfswang als direct gevolg hebben dat het kind zijn verblijfplaats verliest en elders moet worden opgevangen. Niet altijd zal de niet met het gezag belaste ouder hiertoe bereid of in staat zijn.

135 Te denken valt aan een drukke baan of een kleine woning, vgl. Chin-A-Fat, 1999, p. 49. Verder valt te denken aan invaliditeit van de andere ouder of kan het problematisch zijn als het kind naar een andere school zou moeten omdat de andere ouder ergens anders woont.

136 Asser-De Boer, 1998, nrs. 1009 en 1012. Art. 377a lid 3 sub a BW bepaalt dat de rechter het recht op omgang kan ontzeggen indien omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind. Enkele weerstand bij de met het gezag belaste ouder vormt geen reden het omgangsrecht aan de andere ouder te ontzeggen. Dit is anders indien de spanningen dusdanig zijn dat het kind hier ernstig onder heeft te lijden.

137 Dat met name de handhaving van omgangsrechten een probleem vormt, blijkt uit het feit dat het Ministerie van Justitie rechtsvergelijkend onderzoek heeft laten verrichten naar de effectuering van omgangsrechten, zie Chin-A-Fat, 1999.

138 Deze omstandigheden zullen een rol spelen omdat een aansprakelijkheidsverzekeraar veelal niet zal uitkeren aangezien het gaat om opzettelijk onrechtmatig handelen.

139 Hoewel niet vergeten moet worden dat de toekenning van smartengeld – evenals de oplegging van een dwangsom – een beperkte effectiviteit zal hebben indien de ouder die het gezag heeft onvermogen is.

benadeeld, dan kan dit tegen de met het gezag belaste ouder worden gebruikt in het kader van een procedure tot wijziging van het gezag. Inningsproblemen en de kans op benadeling van het kind doen zich overigens niet of in mindere mate voor indien het gezag bij een voogdij-instelling berust of indien derden het omgangs-¹⁴⁰, informatie-¹⁴¹, of consultatierecht¹⁴² schenden.

Hoewel de mogelijkheid om smartengeld te vorderen de positie van de niet met het gezag belaste ouder enigszins zal versterken, wordt de onderhavige problematiek hierdoor natuurlijk niet opgelost.¹⁴³ Een zekere bescheidenheid is dan ook op zijn plaats. Het werkelijke probleem bestaat uit de slechte relatie tussen beide ouders en het meeste valt dan ook te verwachten van initiatieven om die relatie te verbeteren.¹⁴⁴ Zonder overspannen verwachtingen te koesteren, kan vergoeding van immateriële schade echter wel een bijdrage leveren aan een betere handhaving.

3.10.3. Hebben kinderen recht op smartengeld ter rechtshandhaving?

403 Een interessante vraag is of ook kinderen recht op smartengeld hebben indien hun recht op 'family life' en met name het daaruit afgeleide omgangsrecht door de ouder aan wiens gezag ze zijn onderworpen systematisch wordt gefrustreerd. In aanvulling op de in de vorige paragraaf genoemde argumenten voor de toekenning van smartengeld dient bedacht te worden dat zonder een goede handhaving van met name het omgangsrecht (jonge) kinderen kunnen vervreemden van de omgangsgerechtigde. Dit is niet alleen pijnlijk voor de niet met het gezag belaste ouder; het kan ook schade toebrengen aan (een evenwichtige emotionele ontwikkeling van) het kind.¹⁴⁵ Niet voor niets gaat art. 1:377a BW, waarin het recht op omgang wordt verwoord, uit van wederkerigheid: "Het kind en de niet met het gezag belaste ouder hebben recht op omgang met elkaar." Het kind is niet louter object. Dat een omgangsregeling in het belang van het kind kan zijn, werd overigens al voor de erkenning van het recht op omgang ingezien.¹⁴⁶ Het zevende gezichtspunt (kans op schade en de ernst daarvan)

140 Te denken valt ook aan familieleden van de ouder die het gezag heeft die helpen bij de schending van het omgangsrecht door het kind te verbergen of zelfs aan ingehuurde 'ontvoerders'.

141 Bijvoorbeeld artsen of leraren.

142 Art. 1:377c BW spreekt alleen van een informatierecht jegens derden, maar volgens Asser-De Boer, 1998, nr. 1024 is denkbaar dat de consultatie verloopt door tussenkomst van een derde of dat de zorg van een goed hulpverlener (art. 7:465 lid 4 BW) meebrengt dat een hulpverlener contact opneemt met de niet met het gezag belaste ouder.

143 Als een ouder de omgangsregeling echt wil frustreren helpt natuurlijk geen enkele prikkel, vgl. Chin-A-Fat, 1999, p. 20.

144 Chin-A-Fat, 1999, p. 20. Eén van de aanbevelingen is dan ook alternatieve methoden te ontwikkelen in de vorm van omgangsbemiddeling en totstandkoming van een omgangshuis (p. 59-61). Overigens is de tweede aanbeveling van het onderzoek het sanctieapparaat te versterken door frustratie van omgangsrechten strafbaar te stellen (p. 61-62). Zie voor een overzicht van de huidige stand van zaken met betrekking tot omgangsbegeleiding en voor aanbevelingen terzake Chin-A-Fat, 1998.

145 Indicatief in dit verband is ook de hardnekkigheid waarmee een dochter heeft geprocedeerd om gegevens betreffende haar vader te achterhalen, zie HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, nt. WH-S.

146 HR 28 augustus 1939, NJ 1939, 948, nt. PS. In deze zaak besliste de Hoge Raad dat het ontbreken van een omgangsrecht ('droit de visite') onverlet laat dat het in het belang van het kind kan zijn dat de band met de ouder aan wie de voogdij niet is opgedragen niet geheel wordt verbroken. Verhindert de voogd alle contact tussen de andere ouder en het kind dan is dat als een ernstige, de belangen van het kind in gevaar brengende, tekortkoming te beschouwen.

vormt derhalve een extra argument voor de toekenning van smartengeld ter rechtshandhaving aan kinderen.

Een tweetal problemen doemt echter op. In de eerste plaats geeft de wet het kind geen eigen rechtsingang.¹⁴⁷ Dit betekent mijns inziens echter niet dat geen recht op schadevergoeding bestaat. Van een dergelijke bedoeling heeft de wetgever in elk geval niet blijk gegeven en bovendien staat een dergelijke verzwakking van het recht op 'family life' op gespannen voet met art. 8 EVRM in combinatie met art. 14 EVRM¹⁴⁸ (discriminatieverbod).

Het tweede struikelblok bestaat uit de verjaringstermijn. Frustratie van een omgangsrecht vormt een onrechtmatige daad en de verjaringstermijn bedraagt dan slechts vijf jaar (art. 3:310 lid 1 BW). Verdedigbaar is wellicht dat een jong kind wiens omgangsrecht met zijn niet met gezag belaste ouder wordt gefrustreerd zich niet direct realiseert wat hem is ontnomen en wie daarvoor verantwoordelijk is. Dit inzicht zal pas op latere leeftijd komen. Volgens deze redenering zal de verjaringstermijn van vijf jaar van art. 3:310 lid 1 BW niet gaan lopen op het moment dat het omgangsrecht van het kind wordt geschonden. Dit artikel bepaalt namelijk voor zover hier van belang dat de verjaringstermijn pas aanvangt wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is.¹⁴⁹

Tenslotte rijst de vraag of het kind ook smartengeld kan vorderen van de niet met het gezag belaste ouder die de omgangsregeling niet nakomt. Het afdwingen van de uitoefening van diens recht behoort volgens De Boer in het algemeen niet tot de mogelijkheden. Toch acht hij het niet uitgesloten dat de tot omgang gerechtigde ouder tot nakoming wordt gedwongen, bijvoorbeeld in kort geding en met dreiging van een dwangsom.¹⁵⁰ Tegen die achtergrond valt een recht op smartengeld niet uit te sluiten.

147 Wel kan de rechter ambtshalve een omgangsrecht ontzeggen indien het kind twaalf jaar of ouder is en bij zijn verhoor blijk heeft gegeven van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder (art. 1:377a lid 3 sub c BW). Tevens kan hij op grond van art. 1:377g BW ambtshalve beslissingen nemen ten aanzien van een omgangs-, informatie- of consultatierecht indien een kind twaalf jaar is of ouder of jonger is dan twaalf, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen.

148 Dit artikel luidt als volgt: "Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status."

149 In een geval van schadevergoeding wegens seksueel misbruik oordeelde de Hoge Raad dat wanneer het niet kunnen geldend maken van de vordering te wijten is aan omstandigheden die toe te rekenen zijn aan de aansprakelijke persoon, de verjaringstermijn van vijf jaar niet verstrijkt, zie HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15, nt. ARB onder HR 25 juni 1998, NJ 2000, 16. Hier kan weliswaar niet worden gesproken van psychische overmacht aan de kant van het slachtoffer welke is toe te rekenen aan de aansprakelijke, maar dit arrest geeft wel aan dat de termijn van vijf jaar niet keihard is. Ook de lange verjaringstermijn kan onder omstandigheden opzij worden gezet door de redelijkheid en billijkheid, zie HR 28 april 2000, NJ 2000, 430, nt. ARB.

150 De Boer, NJB 1984, p. 410 en Asser-De Boer, 1998, nr. 1012.

3.10.4. Rechtsvergelijking Verenigde Staten

404 Erkenning van een recht op smartengeld ter handhaving van de hier behandelde rechten zou een noviteit zijn in Nederland en de ons omringende landen¹⁵¹, maar is aanvaard in de Verenigde Staten. Daar bestaat onder omstandigheden een recht op smartengeld¹⁵² wegens schending van 'visitation rights'. De achtergrond hiervan is dat de ouder die tot omgang is gerechtigd zonder een recht op schadevergoeding onvoldoende beschermd zou zijn. Hill merkt naar aanleiding van een tweetal uitspraken op dat de "(...) critical factor is the helplessness of the noncustodial parent in the absence of tort remedy."¹⁵³

Verschillende juridische grondslagen worden hiervoor gebruikt.¹⁵⁴ In de eerste plaats de 'tort of alienation of affections'.¹⁵⁵ Vereist is dat er sprake is van 'wrongful conduct', 'loss of affection or consortium' en causaal verband. Het South Dakota Supreme Court oordeelde dat een vader die door onrechtmatig gedrag van zijn voormalige echtgenote zijn kind gedurende een periode van veertien jaar niet had gezien recht had op schadevergoeding op deze grond.¹⁵⁶ Een tweede soms gebruikte mogelijkheid bestaat uit erkenning van een aparte onrechtmatige daad voor de schending van omgangsrechten ('intentional interference with visitation rights').¹⁵⁷ De eerste zaak waarin deze 'tort' werd erkend was *Ruffalo v. United States*.¹⁵⁸ Het betrof de vordering van een vrouw jegens de Federale overheid wegens het feit dat zij gedurende vier jaar geen contact had gehad met haar kind omdat haar voormalige echtgenoot met haar kind was opgenomen in een 'witness protection program'. De derde mogelijke grondslag is de 'tort of intentional infliction of emotional distress'.¹⁵⁹ De vereisten voor deze onrechtmatige daad zijn 1) 'extreme and outrageous conduct', 2) de pleger dient 'intentionally or recklessly' te handelen, 3) de benadeelde moet 'severe emotional distress' ondervinden en er dient 4) causaal verband te bestaan tussen het gedrag van de pleger en het leed van de benadeelde.¹⁶⁰ Hill betoogt met betrekking tot deze 'tort' dat een zeker niveau van leed is vereist. 'Slight fear', 'uneasiness' of 'worry' zijn niet voldoende. Een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is evenwel niet vereist.¹⁶¹

In de bovengeciteerde zaken waarin smartengeld werd toegekend was steeds sprake van een zeer ernstige schending van een omgangsrecht. Ouders hadden hun

151 Alleen in België wordt bij schending van omgangsrechten soms een symbolisch bedrag van 1 BFR ter compensatie van immateriële schade toegekend, maar dat levert natuurlijk geen enkele bijdrage aan de rechtshandhaving, zie Chin-A-Fat, 1999, p. 48.

152 Vergoeding van vermogensschade blijft in dit kader buiten beschouwing.

153 Hill, 32 U. of Louisville J. of Fam. L. 664 (1994).

154 Zie voor een overzicht Hill, 32 U. of Louisville J. of Fam. L. 657 (1994).

155 Zie voor deze 'tort' in het algemeen Prosser, 1984, par. 124.

156 *Hershey v. Hershey*, 467 NW2d 484 (Supreme Court S.D., March 13, 1991).

157 Ter aanvulling van de wel algemeen geaccepteerde 'tort of intentional interference of custodial rights', zie *Restatement Torts 2d* (1977), par. 700. Zie over deze 'tort' McDonnell Dobbs, 17 Wm. Mitchell L.Rev. 1159 (1991).

158 590 F. Supp. 706 (United States District Court W.D. Mo., June 29, 1984).

159 Vgl. *Sheltra v. Smith*, 392 A.2d 431 (Supreme Court Vt., September 19, 1978).

160 Zie in het algemeen over deze 'tort' hiervoor nrs. 300-301.

161 Hill, 32 U. of Louisville J. of Fam. L. 666-667 (1994). Voor een weergave van de eisen die aan de ernst van het leed bij deze 'tort' worden gesteld zie hiervoor nr. 301.

kind soms gedurende meerdere jaren niet gezien. Dit wordt deels door de grootte van het land veroorzaakt. De met het gezag belaste ouder kan relatief eenvoudig 'verdwijnen' door naar een andere staat te verhuizen. In Nederland is dit laatste minder goed mogelijk¹⁶² maar de dramatiek van een vernietigde relatie van het kind en de niet met het gezag belaste ouder zal er niet minder om zijn. Bedacht moet worden dat, met name bij jonge kinderen, iedere schending van het omgangsrecht een stap is in die richting.

In het algemeen lijkt het niet zinvol om een bepaald minimum te stellen aan de ernst van het leed.¹⁶³ Vanuit rechtshandavingsperspectief gaat het voorts ook niet om de compensatie van leed. De gedachte is dat door erkenning van een recht op smartengeld krachtens art. 6:106 lid 1 sub b BW een leemte in de rechtshandhaving wordt opgevuld. Gaat het om een hele geringe schending, dan kan dat in de hoogte van het smartengeld worden verdisconteerd.

3.11 Discriminatie

3.11.1 Algemeen

405 Discriminatie kan in wezen twee vormen aannemen: in de eerste plaats door een verbale (schriftelijke) aantijging¹⁶⁴, in de tweede plaats door een feitelijke gedraging. Bij dit laatste kan men denken aan een taxichauffeur die een bepaalde klant niet wil meenemen, een ober die weigert iemand te bedienen, een hotel dat pretendeert vol te zitten, terwijl vervolgens blijkt dat dit niet geldt voor mensen die een andere geloofs-overtuiging, sekse, etnische afkomst etc. hebben of een werkgever die bepaalde categorieën mensen niet in dienst wil nemen of geen promotie geeft.

3.11.2 Discriminatie door aantasting van de eer

406 Discriminatie door een verbale of schriftelijke aantijging komt neer op een aantasting van de eer en geeft dus naar geldend Nederlands recht in principe recht op smartengeld (art. 6:106 lid 1 sub b BW). Eerder is al geconstateerd dat de toekenning van smartengeld wegens aantasting van de eer niet goed is te baseren op de compensatiefunctie.¹⁶⁵ De stelling dat smartengeld dat wordt toegekend wegens aantasting van de eer neerkomt op compensatie van gekwetste gevoelens overtuigt niet. Afgezien van het feit dat een dergelijke kwetsing niet objectiveerbaar en dus niet bewijsbaar is, kunnen gevoelens niet alleen door aantasting van de eer, maar ook door andere gedragingen (bijvoorbeeld huwelijksbedrog) worden gekwetst. Geconcludeerd werd dat bescherming van de eer vooral bevordering van de maatschappelijke rust tot doel lijkt te hebben. De toekenning van smartengeld lijkt vooral gericht te zijn op gedrags-

162 Hoewel een dergelijk scenario door voortschrijdende Europese eenwording en door immigratie steeds meer in het vizier komt.

163 Zie hiervoor nrs. 339 en 350.

164 Bijvoorbeeld Rb Den Haag, 19 januari 2000, ANWB/VR 2000, nr. 867 waarin f 1.500,- werd toegekend wegens regelmatig gebruik van het woord "aap" en de toevoeging "Zwarte Afrikaan, je moet een sodabad nemen om blank te worden; pas als je blank bent, kun je bij ons zitten". Zie ook Lindenbergh, 1998, p. 169.

165 Zie hiervoor nrs. 277 en 284.

sturing door het verbinden van financiële consequenties aan bepaalde uitspraken. Thans is de vraag aan de orde of de toekenning van schadevergoeding wegens aantasting van de eer te baseren is op de rechtshandhavingsfunctie en de daarop gebaseerde gezichtspunten.

Mijns inziens is dat inderdaad soms het geval. Voor de toekenning van smartengeld wegens aantasting van de eer pleit het feit dat de eer een hoge juridische status heeft.¹⁶⁶ Het gaat dus om de schending van een recht dat naar zijn aard gewicht toekomt (eerste gezichtspunt). Een argument voor toekenning van schadevergoeding kan eveneens worden ontleend aan de kwetsbaarheid van het recht (derde gezichtspunt). De eer van een ander kan door een enkel binnen gehoorsafstand gesproken woord worden aangetast. Tegenwoordig biedt internet bovendien aan iedereen een platform om zijn ongenoegens over alles en iedereen de wereld in te zenden. Wat betreft gesproken (of gezongen) beledigingen verschaft het privaatrecht eigenlijk geen goede alternatieve handhavingsmiddelen naast de vordering tot smartengeld. In zoverre vormt het vierde gezichtspunt ook een argument voor schadevergoeding. Op *geschreven* beledigingen kan de betrokkene echter beter reageren. Beledigende tekst op een website kan op last van de rechter worden verwijderd en een dergelijke uitspraak kan met een dwangsom worden versterkt. Anders dan bij gesproken beledigingen is hier dus in mindere mate sprake van een gebrek aan andere privaatrechtelijke handhavingsmiddelen. Tegen vergoeding van immateriële schade pleit ook dat de kans dat de benadeelde ernstige schade heeft geleden gering is (zevende gezichtspunt). Anders dan bij een aantasting van de goede naam (de reputatie) wordt bij een aantasting van de eer de sociale positie van de betrokkene niet ondermijnd. Eventuele vervelende gevoelens zullen met het verstrijken van de tijd verdwijnen. Van een blijvende aantasting van de zelfbeschikking (tweede gezichtspunt) is evenmin sprake. Degene die op straat wordt uitgescholden kan immers eenvoudig zijn weg vervolgen.

Al met al zie ik niet direct aanleiding om in geval van een aantasting van de eer zonder meer recht te geven op smartengeld. Met name eenmalige verbale beledigingen dienen geen recht te geven op smartengeld. Het feit dat een beledigende opmerking tevens discriminerend is, verandert daaraan mijns inziens niets. Iemand uitschelden omdat hij dik is of een bril draagt, is niet per definitie minder erg voor de betrokkene dan wanneer hij in verband met bijvoorbeeld zijn huidskleur wordt uitgescholden.

Dit wordt anders indien niet sprake is van één geïsoleerde belediging, maar van een structureel patroon van beledigingen waaraan de benadeelde zich moeilijk kan onttrekken. Daarvan is sprake indien de benadeelde stelselmatig wordt beledigd door zijn werkgever of door enkele collega's met wie hij, om zijn functie goed te kunnen uitoefenen, moet samenwerken. In dergelijke gevallen zal zijn afhankelijkheid hem niet goed in staat stellen zich te verweren (zesde gezichtspunt). De kans op leed van enige omvang is bij een patroon van structurele beledigingen ook groter en derhalve vormt het zevende gezichtspunt ook een argument voor de toekenning van smartengeld. Tenslotte zal de betrokkene zich door een dergelijke gang van zaken minder goed

¹⁶⁶ Zij wordt beschermd door art. 17 IVBPR.

kunnen ontplooiën op zijn werk waardoor hij in zijn (professionele) zelfbeschikking wordt aangetast (tweede gezichtspunt).¹⁶⁷

3.11.3 Discriminatie door feitelijke gedragingen

407 De tweede vorm van discriminatie (discriminatie door feitelijke gedragingen) dient mijns inziens in vrijwel alle gevallen recht te geven op vergoeding van immateriële schade. Discriminatie komt in deze gevallen immers niet neer op aantasting van de eer, maar heeft een volstrekt zelfstandig karakter. Het gaat om schending van een recht met een hoge juridische status (eerste gezichtspunt) dat beoogt sociale uitsluiting van een bepaalde groep mensen te voorkomen en zo hun zelfbeschikking waarborgt (tweede gezichtspunt). Omdat op deze wijze de zelfbeschikking van de desbetreffende personen ernstig wordt aangetast, kan in bepaalde gevallen (bij het niet in dienst nemen van bepaalde mensen bijvoorbeeld) de schade aanzienlijk zijn (zevende gezichtspunt).

3.12 Auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten

3.12.1 Algemeen

408 De auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten beschermen de ideële belangen van de auteur en worden onderscheiden van de zogenaamde exploitatierechten¹⁶⁸ die de bevoegdheid geven tot openbaarmaking en verveelvoudiging.¹⁶⁹ De centrale bepaling in dit verband is art. 25 Aw dat een niet-limitatieve¹⁷⁰ catalogus van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten bevat. Voor zover hier van belang luidt art. 25 Aw als volgt:

- 1 De maker van een werk heeft, zelfs nadat hij zijn auteursrecht heeft overgedragen, de volgende rechten:
 - a. het recht zich te verzetten tegen openbaarmaking van het werk zonder vermelding van zijn naam of andere aanduiding als maker, tenzij het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;
 - b. het recht zich te verzetten tegen de openbaarmaking van het werk onder een andere naam dan de zijne, alsmede tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk of in de aanduiding van de maker, voor zover deze op of in het werk voorkomen, dan wel in verband daarmee zijn openbaar gemaakt;

¹⁶⁷ Het is echter de vraag of art. 6:106 lid 1 sub a BW in geval van een structureel patroon van beledigingen geen grondslag voor smartengeld biedt. In dat geval is voor aanvullende bescherming ex art. 6:106 lid 1 sub b BW geen aanleiding. Vgl. hiervoor nr. 279.

¹⁶⁸ De terminologie is in die zin niet vast dat in de wet, de jurisprudentie en in de literatuur de term 'het auteursrecht' soms wel en soms niet ook doelt op de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten, zie Spoor/Verkade, 1993, p. 298.

¹⁶⁹ Spoor/Verkade, 1993, p. 297. Zij relativiseren dit overigens terecht op p. 300. In de eerste plaats bieden de exploitatierechten indien de auteur die niet heeft overgedragen doeltreffende instrumenten om zijn persoonlijkheidsbelangen te beschermen. In de tweede plaats merken zij op dat een persoonlijkheidsrechtelijke aanspraak kan worden verzilverd, bijvoorbeeld doordat een auteur tegen betaling toestemming geeft tot wijziging van zijn werk.

¹⁷⁰ HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692, nt. CJHB (Dromen leven) en zie Spoor/Verkade, 1993, p. 303.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

- c. het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet zou zijn in strijd met de redelijkheid;
- d. het recht zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere aantasting van het werk, welke nadeel zou kunnen toebrengen aan de eer of de naam van de maker of aan zijn waarde in deze hoedanigheid. (...)
- 4. Heeft de maker van het werk het auteursrecht overgedragen dan blijft hij bevoegd in het werk zodanige wijzigingen aan te brengen als hem naar de regels van het maatschappelijk verkeer te goeder trouw vrijstaan. (...)

In de jurisprudentie wordt al tientallen jaren aangenomen dat schending van een auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht recht geeft op smartengeld.¹⁷¹ Mijs inziens is ten onrechte wel gesuggereerd dat vergoeding van immateriële schade sinds de invoering van art. 6:106 lid 1 sub b BW twijfelachtig is.¹⁷² Er wordt daarbij vanuit gegaan dat art. 6:106 lid 1 sub b BW de grondslag is voor de toekenning van smartengeld.¹⁷³ Dit is echter aanvechtbaar. Veeleer moet ervan worden uitgegaan dat de toekenning van smartengeld wegens de schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten in de Auteurswet een zelfstandige grondslag vindt in art. 27 lid 1 Aw: "Niettegenstaande de gehele of gedeeltelijke overdracht van zijn auteursrecht blijft de maker bevoegd een rechtsvordering ter verkrijging van schadevergoeding in te stellen tegen degene, die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt." Weliswaar geeft noch art. 27 lid 1 Aw, noch enige andere bepaling uit de Auteurswet, expliciet recht op vergoeding van immateriële schade, maar de parlementaire geschiedenis van de Auteurswet is op dit punt helder.¹⁷⁴ Tijdens de parlementaire behandeling van de

171 Zie voor oudere rechtspraak Bloembergen, *Onrechtmatige daad II* (losbladige), nr. 124.

172 Hartlief en Tjittes, *Schadevergoeding* (losbladige), Art. 95, aant. 19; Bouman, Tilanus-van Wassenauer, 1998, p. 86.

173 Zie in die zin ook Deurvorst, *Schadevergoeding* (losbladige), Art. 106, aant. 34; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 467; Gerbrandy, 1988, p. 338; Kruijer, WPNR 6418 (2000), p. 700; Lindenbergh, 1998, p. 167; Gielen, Verkade, Tekst & Commentaar, 1998, Art. 27; Nieuwenhuis, Stolker, Valk, Tekst & Commentaar, 1999, Art. 6:106 nr. 6 en Spoor/Verkade, 1993, p. 413.

174 Drucker merkte in dat verband nog op dat hij dit niet expliciet in de wet wilde neerleggen omdat een wijziging van art. 1401 (oud) BW aanhangig was waarin de rechter expliciet de algemene bevoegdheid kreeg immateriële schade te vergoeden. Deze bevoegdheid nog eens expliciet in de Auteurswet vastleggen, zou in zijn ogen van een zeker wantrouwen in de totstandkoming van die wet getuigen. Zie Hand. II 1911/1912, p. 3072. Drucker refereerde hier kennelijk aan het ontwerp-Regout van 1911 waarvan de kern werd gevormd door een uitbreiding van het begrip onrechtmatigheid in art. 1401 (oud) BW. De achtergrond van dit wetsvoorstel werd gevormd door de enge wijze waarop de Hoge Raad dit element had uitgelegd. Met name het geval van de 'Zutphense Waterjuffrouw' (HR 10 juni 1910, W. 9038) had de gemoederen in beroering gebracht. En passant werd in het wetsvoorstel ook nog een aantal andere zaken gewijzigd. Onder meer zou vergoeding van immateriële schade algemeen mogelijk moeten worden. Voorgesteld werd aan art. 1401 (oud) BW een derde lid toe te voegen dat zou luiden: "De verschuldigde schadevergoeding wordt, ook indien en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeerbaar is, door den regter in billijkheid naar de omstandigheden bepaald." (W. 9099). Doordat de Hoge Raad in zijn arrest van 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen) het element onrechtmatigheid ruim uitlegde, heeft het wetsontwerp evenwel nooit het Staatsblad gehaald. Dat art. 27 Aw basis kan zijn voor vergoeding van immateriële schade blijkt soms ook expliciet uit de jurisprudentie, zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 15 juni 1976, BIE 1978, p. 9 en Rb Utrecht 6 april 1983, NJ 1983, 523. Deurvorst, *Schadevergoeding* (losbladige), Art. 106, aant. 34 haalt wel de juiste vindplaatsen uit de parlementaire geschiedenis aan, maar trekt daar niet met zoveel woorden de conclusie uit dat vergoeding van immateriële schade is gebaseerd op art. 27 Aw.

Auteurswet 1912 vroeg en kreeg Drucker van regeringszijde bevestiging dat de rechter bij de toepassing van art. 24a Aw¹⁷⁵ (thans art. 27 lid 1 Aw) rekening heeft te houden met de "zoogenaamde moreele schade". Derhalve is de vraag of schending van een auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht (soms of altijd) een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW oplevert, niet aan de orde. Art. 27 lid 1 Aw verschaft de door art. 6:95 BW geëiste wettelijke basis. Daarbij komt nog dat tijdens de totstandkoming van het huidige Burgerlijk Wetboek niet is gesteld dat de toekenning van smartengeld wegens de schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten een wettelijke basis ontbeert en derhalve in het keurslijf van art. 6:106 lid 1 sub b BW moet worden gedwongen. Integendeel was het uitgangspunt bij de totstandkoming dat alle gevallen waarin smartengeld werd toegekend gehandhaafd dienden te blijven.¹⁷⁶ Tenslotte heeft ook de Hoge Raad in een beslissing waarin werd uitgegaan van de vergoedbaarheid van immateriële schade wegens de schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten niet expliciet – anticiperend – gerefereerd aan art. 6:106 BW.¹⁷⁷ Het pleidooi van Lindenbergh om het recht op vergoeding van immateriële schade wegens de aantasting van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten te beperken tot ernstige gevallen zoals schending van de goede naam¹⁷⁸ van de maker, kan dan ook niet worden onderbouwd door verwijzing naar het feit dat in veel ernstiger gevallen (zoals bijvoorbeeld affectieschade) art. 6:106 BW geen recht op smartengeld geeft.¹⁷⁹ Art. 6:106 BW vormt immers niet de grondslag voor toekenning van smartengeld wegens inbreuk op auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten.

Uit het bovenstaande vloeit voort dat de jurisprudentie die gewezen is voor de inwerkingtreding van art. 6:106 lid 1 sub b BW nog steeds van belang is. De rechtspraak vertoont een grillig karakter. De toegekende bedragen verschillen aanzienlijk. Voor het niet vermelden van de naam van de maker kent de rechter soms slechts enkele honderden guldens aan smartengeld toe¹⁸⁰, maar voor wijzigingen in het werk zijn ook wel bedragen van vele tienduizenden guldens toegekend.¹⁸¹ Een appreciatie van deze verschillen is niet eenvoudig, aangezien niet kan worden uitgeslo-

175 Dit artikel luidde als volgt: "Niet tegenstaande de geheele of gedeeltelijke overdracht van zijn auteursrecht blijft den maker bevoegd eene rechtsoverdracht ter bekoming van schadevergoeding in te stellen tegen dengene, die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt."

176 Gewijzigd voorlopig antwoord van de Minister van Justitie op vraagpunt 11 (PG Boek 6, p. 373) welke door de Tweede Kamer wordt overgenomen (PG Boek 6, p. 377).

177 HR 16 november 1984, NJ 1985, 270 (Miletic). A-G Franx, nr. 4 van zijn conclusie betreft het terughoudende stelsel van het NBW wel in zijn beschouwingen in die zin dat deze terughoudendheid z.i. consequenties kan hebben voor de stelplicht van de benadeelde.

178 Hij noemt ook nog het geval waarin de schending van het persoonlijkheidsrecht leidt tot psychisch letsel, maar geeft zelf al aan dat in dat geval al reeds zelfstandig een grond bestaat voor vergoeding van immateriële schade.

179 Lindenbergh, 1998, p. 168-169.

180 Zie de jurisprudentie vermeld door Deurvorst, Schadevergoeding (losbladige), Art. 106, aant. 34.

181 Hof Amsterdam 7 februari 1991, NJ 1996, 74 (kunstenaar krijgt f 25.000,- wegens misvorming, verminking of aantasting van zijn werk (een schilderij van de koningin) door de wijze van uitsnijding van de foto van zijn werk); Rb Assen 17 november 1992, AMI 1993, p. 191 (f 70.000,- wegens aantasting reputatie van architect door verbouwing gevel van door hem ontworpen gemeentehuis).

ten dat soms ook vermogensschade onder het mom van smartengeld wordt vergoed.¹⁸² Voorts laten rechters soms zelfs geheel in het midden of de toegekende schadevergoeding dient ter compensatie van vermogensschade of van immateriële schade.¹⁸³ Behalve wegens een aantasting van een auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht wordt soms ook smartengeld toegekend wegens de enkele schending van het auteursrecht (in de zin van exploitatierecht).¹⁸⁴ Rechtspersonen hebben soms ook smartengeld ontvangen.¹⁸⁵ Tenslotte is onduidelijk onder welke omstandigheden de vernietiging van een werk recht geeft op smartengeld wegens een aantasting van het auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht van art. 25 lid 1 sub d Aw.¹⁸⁶

Kortom, het lijkt niet eenvoudig de smartengeldjurisprudentie tot een aantal eenvoudige principes te herleiden. Dit hangt wellicht samen met de naar verhouding geringe theorievorming in Nederland op het gebied van de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten.¹⁸⁷ Bovendien verdient de redactie van art. 25 Aw op sommige punten geen schoonheidsprijs.¹⁸⁸ Tegen deze achtergrond is het nuttig enige nadere aandacht te schenken aan de grondslag van de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten. Met andere woorden: waarom kent art. 25 Aw aan de auteur een aantal bevoegdheden toe ten aanzien van zijn werk ook al heeft hij het auteursrecht (dat wil zeggen de exploitatierechten) overgedragen en berust de eigendom van het werk bij een ander?

3.12.2 Grondslag van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten

409 Grofweg valt tussen een tweetal benaderingen te onderscheiden. Enerzijds kan men het werk centraal stellen; anderzijds kan men de kunstenaar centraal stellen. In de eerste benadering gaat het auteursrecht min of meer de functie van monumentenbescherming vervullen. Een voorbeeld daarvan biedt het Franse recht. In de tweede benadering ligt het accent op de bescherming van de eer en goede naam van de auteur; een voorbeeld daarvan is het Duitse recht.¹⁸⁹

Mijns inziens dient bij auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten de maker en niet het werk centraal te staan. Objectbescherming buiten de maker om is meer

182 Het komt ook voor dat de rechter een bedrag toekent voor zowel materiële als immateriële schade. Zie voor dit alles Deurvorst, *Schadevergoeding* (losbladige), Art. 106, aant. 34.

183 Lindenbergh en Deurvorst, *Schadevergoeding* (losbladige), Art. 96, aant. 112.

184 Vgl. Deurvorst, *Schadevergoeding* (losbladige), Art. 106, aant. 34.

185 Zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 15 juni 1976, BIE 1978, p. 9 waarin onder andere aan een uitgeverij f 1.000,- werd toegekend ter vergoeding van immateriële schade. Of rechtspersonen krachtens art. 7 of art. 8 Aw ook een auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht toekomt, is in de literatuur overigens omstreden, hoewel de rechtspraak dit in overwegende mate aanneemt. Zie met verwijzingen Spoor/Verkade, 1993, p. 306.

186 HR 16 november 1984, NJ 1985, 270. De Hoge Raad besliste slechts dat 'het enkele verloren gaan' van kunstwerken door een onrechtmatige daad onvoldoende is voor de toekenning van smartengeld. Wat dan wel voldoende is, blijft onduidelijk.

187 De voornaamste theoretische literatuur bestaat uit Van Isacker, 1961; Gerbrandy, NJB 1964, p. 989-998; Kuypers, *Informatierecht/AMI* 1988, p. 9-13; Quaedvlieg, 1992 en Spoor/Verkade, 1993, p. 297-328. Spoor/Verkade, 1993, p. 302 merken voorts op dat in de *algemene* Nederlandse rechtsliteratuur persoonlijkheidsrechten als instituut stiefmoederlijk bedield zijn. Zie sindsdien Verheij, RMTh 1998, p. 339-350, Lindenbergh, TVPr 1999, p. 1665-1707 en Nieuwenhuis, RMTh 2000, p. 203-211.

188 Spoor/Verkade, 1993, p. 318.

189 Kuypers, *Informatierecht/AMI* 1988, p. 10.

iets voor Monumentenzorg.¹⁹⁰ Vanuit deze invalshoek valt vervolgens op dat art. 25 Aw de maker in twee opzichten beschermt. Enerzijds wordt de *bestaande* reputatie van de maker op verschillende wijzen beschermd; anderzijds worden bepaalde garanties geschapen om ervoor te zorgen dat de maker zich überhaupt een reputatie kan *verwerven*. Om met het laatste te beginnen, art. 25 lid 1 sub a en b Aw geven recht op naamsvermelding (sub a) en recht op verzet tegen openbaarmaking onder een andere naam dan de zijne (sub b).

De *bestaande* reputatie van een maker wordt beschermd door de bevoegdheid die hem in art. 25 lid 1 sub b Aw wordt toegekend om zich te verzetten tegen het aanbrengen van enige wijziging in de benaming van het werk. Art. 25 lid 1 sub b Aw beschermt verder de reputatie van de maker als individu¹⁹¹ doordat hij zich kan verzetten tegen wijziging in de aanduiding van de maker. Dit recht maakt het namelijk mogelijk dat een maker een pseudoniem gebruikt.

Art. 25 lid 1 sub c en d Aw zijn moeilijker te duiden en lijken enigszins op twee gedachten te hinken. Enerzijds geldt krachtens art. 25 lid 1 sub c Aw dat het werk in beginsel niet zonder toestemming van de auteur mag worden gewijzigd; de *integriteit* van het werk lijkt derhalve centraal te staan. Anderzijds mag de maker zich op grond van art. 25 lid 1 sub d Aw slechts verzetten tegen misvorming, verminking of andere aantasting van het werk indien daardoor nadeel zou kunnen ontstaan aan zijn eer of goede naam of aan zijn waarde in die hoedanigheid. Aldus lijkt de *maker* centraal te staan. Hier komt nog bij dat de grens tussen art. 25 lid 1 sub c Aw en art. 25 lid 1 sub d Aw niet altijd eenvoudig valt te trekken, omdat de begrippen wijziging, misvorming, verminking of andere aantasting allerminst eenduidig zijn en tot op zekere hoogte in elkaar over gaan.¹⁹²

De redactie van art. 25 lid 1 sub c en d Aw is mitsdien ongelukkig. Overeenkomstig het genoemde uitgangspunt dient mijns inziens de maker en niet het werk centraal te staan. Meer specifiek betekent dit dat de maker in zijn reputatie dient te worden beschermd. Net zoals bij art. 25 lid 1 sub a en b Aw dient daarbij onderscheid gemaakt te worden tussen bescherming van een *bestaande* reputatie en de mogelijkheid zich überhaupt een reputatie te verwerven, het *opbouwen* van een reputatie derhalve.

Deze tweedeling levert naar mijn mening het volgende op. Wijziging, verminking en misvorming van het werk (art. 25 lid 1 sub c en d Aw) tasten de maker per definitie aan in zijn eer en goede naam. Dit is vanzelfsprekend voor wijzigingen, verminkin-

190 Spoor/Verkade, 1993, p. 299; Quaadvlieg, IER 2000, p. 15. De ook wel gebruikte formulering dat de band tussen maker en werk wordt beschermd (Quaadvlieg, 1992, p. 55; Lindenbergh, 1998, p. 168; ook Spoor/Verkade, 1993, p. 297 en 298 bedienen zich echter van deze terminologie), acht ik minder gelukkig omdat aldus toch de indruk ontstaat dat de integriteit van het werk een hoofdrol speelt. Immers, het bestaan van een band veronderstelt het bestaan van de kunstenaar en het werk zoals het bestaan van een huwelijksband het bestaan van twee echtgenoten veronderstelt. Vernietiging van het werk zou dan zonder meer aantasting van deze band meebrengen. Dit is echter duidelijk niet de bedoeling van bovengenoemde schrijvers.

191 In tegenstelling tot de reputatie van de maker in zijn hoedanigheid als maker.

192 Quaadvlieg, 1992, p. 11 spreekt van een kunstmatig onderscheid en Spoor/Verkade, 1993, p. 318 van een gradueel verschil. Quaadvlieg, IER 2000, 15 ziet de verhouding tussen art. 25 lid 1 sub c en d Aw niet als een verschil tussen ingrepen met een verschillende graad van ernst, maar als ingrepen die in mindere of meerdere mate ingrijpen in de belangen van derden.

gen of misvormingen die leiden tot twijfel aan het vakmanschap van de maker of voor wijzigingen die hem met bepaalde (dubieuze) politieke opvattingen associëren. In ruimere zin betekent iedere wijziging, vermindering of misvorming echter dat een verkeerde indruk ontstaat van het werk van een bepaalde kunstenaar. Dit hoeft niet per se slecht te zijn voor zijn reputatie in het algemeen (als mens) en ook niet voor zijn populariteit als maker, maar daar gaat het niet om. Beslissend is dat hij in een vals daglicht wordt gesteld¹⁹³ en dat gebeurt hier: er ontstaat een onjuist beeld van de maker in zijn hoedanigheid als kunstenaar. Van een beeldhouwer die al jaren in een groene periode vertoeft, ontstaat door het in roze overspuiten van een beeld ten onrechte de indruk dat hij nu in een roze periode is beland. Wellicht wordt dit zelfs toegejuicht door het publiek dat was uitgekeken op de grasgroene maaksels van de kunstenaar, maar dat doet niet terzake.

De reputatie van de kunstenaar wordt dus in al deze gevallen (wijziging, vermindering en misvorming) via de band van aantasting van het werk getroffen. Op het eerste gezicht lijkt dit te betekenen dat vernietiging van het werk (art. 25 lid 1 sub d Aw) niet raakt aan de reputatie van de kunstenaar. De band via welke zijn reputatie wordt aangetast valt dan immers weg. Bij nader inzien is deze redenering mijns inziens te kort door de bocht. De reputatie van een kunstenaar bestaat immers bij de gratie van zijn werk. Een kunstenaar van wie geen enkel werk meer te bezichtigen valt, is derhalve wel degelijk in zijn reputatie aangetast. Zowel bij de wijziging, vermindering en misvorming als bij de vernietiging van kunstwerken wordt derhalve de *bestaande* reputatie van de maker aangetast.¹⁹⁴

Hoe staat het met de vernietiging van werken die nog *niet* zijn geopenbaard? Iemands reputatie krijgt pas gestalte in de hoofden van derden; werk dat nog niet geopenbaard is, maakt derhalve geen onderdeel uit van de reputatie van een kunstenaar. Een kunstenaar van wie het nog niet geopenbaarde werk wordt vernietigd wordt weliswaar *verhinderd* om een reputatie als kunstenaar op te bouwen, maar dit is iets anders dan de aantasting van een reeds *bestaande* reputatie. Het is de vraag of het recht op het ontwikkelen van een reputatie in meer algemene zin en dus ook buiten de hierboven genoemde gevallen¹⁹⁵ wordt beschermd. De Hoge Raad heeft in het arrest 'Dromen leven' beslist dat een opdrachtgever onder bepaalde omstandigheden

193 Om met Prosser te spreken: 'to place a person in a false light', zie Prosser, 48 Cal LR 389 (1960), zie hiervoor nr. 222.

194 In de literatuur is omstreden in hoeverre de maker door vernietiging in zijn eer en goede naam is aangetast. Van Ling, 1998, p. 112 meent dat nadeel voor de naam van de auteur ver te zoeken is "(...) wanneer iemand een ooit gekochte ets in de kachel stopt omdat hij erop uitgekeken is." Van Ling meent dat dit anders kan liggen indien het gaat om de vernietiging van het originele en enige werk. In gelijke zin Quaadvlieg, 1992, p. 16 noot 36 die op die plaats ook andere literatuur vermeldt. Spoor/Verkade, 1993, p. 322-325 merken op dat de rechtspraak voor een genuanceerde benadering kiest niettegenstaande de alles-of-niets-achtige tekst van art. 25 lid 1 sub d Aw. Gebrandy, 1988, Art. 25, aant. 18 en Cohen Jehoram in zijn annotaties bij Rb Leeuwarden 29 november 1994, Informatierecht/AMI 1996, p. 16-17 en bij Rb Utrecht 3 juni 1998, Informatierecht/AMI 1999, p. 40-41 zijn van mening dat vernietiging geen aantasting in de zin van art. 25 lid 1 sub d Aw vormt. Kritisch Kruijer, WPNR 6418 (2000), p. 672-673.

195 Recht op naamsvermelding en recht op verzet tegen openbaarmaking onder een andere naam dan de naam van de maker, zie art. 25 lid 1 sub a en b Aw.

verplicht kan zijn om een reportage uit te zenden.¹⁹⁶ Tussen maker en opdrachtgever bestond echter een contractuele band en het is de vraag of ook los daarvan een kunstenaar het recht heeft om een reputatie op te bouwen, althans of verhindering daarvan onrechtmatig is. Bedacht moet worden dat zonder het recht zich een reputatie te verwerven als kunstenaar het recht op bescherming van de (kunstenaars)reputatie inhoudsloos wordt.¹⁹⁷ Het valt daarom mijns inziens niet uit te sluiten dat de vernietiging van een groot aantal niet geopenbaarde kunstwerken recht dient te geven op smartengeld. Gaat het om de vernietiging van niet geopenbaarde kunstwerken van een reeds bekende kunstenaar dan is verdedigbaar dat door de vernietiging een stagnatie in de kunstproductie van de kunstenaar optreedt die schadelijk is voor zijn reputatie. De indruk kan zo immers ontstaan dat zijn productie door gebrek aan inspiratie is komen stil te liggen. Via een dergelijke redenering had de Hoge Raad wellicht de kunstenaar Miletic smartengeld kunnen toekennen toen bij een onrechtmatige ontruiming honderden sculpturen werden vernietigd.¹⁹⁸ In minder extreme gevallen waarin slechts sprake is van vernietiging van één enkel niet geopenbaard kunstwerk, is een dergelijke redenering minder overtuigend.

3.12.3 Rechtshandhavingsperspectief

410 In de vorige paragraaf (nr. 409) is betoogd dat de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten de reputatie van de maker op twee wijzen beschermen: enerzijds wordt de bestaande reputatie van de maker beschermd; anderzijds wordt de maker in staat gesteld een reputatie op te bouwen en zich aldus in creatief opzicht te ontplooien. De compensatiefunctie biedt – evenals bij andere aantastingen van de reputatie – onvoldoende basis voor de toekenning van smartengeld aangezien er geen sprake is van aantoonbaar leed.¹⁹⁹ Naar mijn mening biedt de rechtshandhavingsfunctie wel een voldoende grondslag voor de toekenning van smartengeld.

In de eerste plaats hebben de door deze rechten beschermde belangen een hoge juridische status. Art. 27 lid 2 Universele verklaring van de rechten van de mens bepaalt: “Een ieder heeft recht op de bescherming van de geestelijke en materiële

196 HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692, nt. CJHB, zie Spoor/Verkade, 1993, p. 303. De omstandigheden van het geval kunnen het daarentegen ook onredelijk maken tot openbaarmaking over te gaan. Zie HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691, nt. CJHB waarin de weigering van de gemeente mee te werken aan plaatsing van de tekst ‘De negende van oma’ op een seniorenflat in verband met de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 3:12 BW) geen wanprestatie opleverde.

197 Op dezelfde wijze als waarop het recht op vrijheid van meningsuiting een lege huls is zonder het recht vrij informatie te verwerven. Het eerste recht is een noodzakelijke voorwaarde voor het tweede recht.

198 HR 16 november 1984, NJ 1985, 270.

199 De vraag kan natuurlijk rijzen of de kunstenaar überhaupt wel bevoegdheden dient te hebben ten aanzien van zijn werk door middel van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten. Waarom wordt een kunstenaar zoveel beter beschermd dan een technicus? Deze heeft toch immers ook een persoonlijke band met het door hem gefabriceerde? Quaadvlieg, 1992, p. 55-56 stelt dat de persoonlijke vindingsrijkheid bij kunstwerken doel op zichzelf is. Het persoonlijkheidsrecht beschermt verder niet alleen een waarde voor de kunstenaar, maar ook een waarde voor de samenleving. Wat hier verder ook van zij, waar het mij om gaat, is dat wanneer een bepaald belang als recht wordt erkend, dit recht gehandhaafd dient te worden. Vergoeding van immateriële schade kan als handhavinginstrument worden ingezet.

belangen, voortspruitende uit een wetenschappelijk, letterkundig of artistiek werk, dat hij heeft voortgebracht." Art. 15 lid 1 sub c van het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten bepaalt: "De Staten die partij zijn bij dit Verdrag erkennen het recht van een ieder: (...) (c) De voordelen te genieten van de bescherming van de geestelijke en stoffelijke belangen voortvloeiende uit door hem verricht wetenschappelijk werk of uit een literair of artistiek werk waarvan hij de schepper is." De reputatie wordt in meer algemene zin beschermd door art. 17 IVBPR.²⁰⁰ De aantasting van een bestaande reputatie vormt een aantasting van de zelfbeschikking ten aanzien van die reputatie, terwijl de aantasting van de mogelijkheden om een reputatie op te bouwen, kan worden gezien als een aantasting van de zelfbeschikking ten aanzien van de toekomst. De eerste twee gezichtspunten pleiten dus voor vergoeding van immateriële schade. Een argument voor de toekenning van smartengeld is voorts het relatieve gebrek aan andere middelen tot handhaving (vierde gezichtspunt). Vermogensschade zal namelijk veelal niet zijn aan te tonen en derhalve vindt langs die weg geen rechtshandhaving plaats. Soms kan de maker zijn auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten beschermen door middel van zijn exploitatierechten, maar dit is niet meer mogelijk indien hij deze heeft overgedragen of indien hij een licentie heeft gegeven.

4. Consequenties voor de hoogte van smartengeld

4.1 Algemeen

411 In het bovenstaande is betoogd dat smartengeld niet slechts is gericht op de compensatie van leed, maar ook kan dienen als instrument ter handhaving van bepaalde rechten. Reeds bestaande voorbeelden daarvan zijn de toekenning van smartengeld bij schending van de privacy en de aantasting van de eer en goede naam. Een probleem is vervolgens hoe de hoogte van het smartengeld ter rechtshandhaving dient te worden vastgesteld. De rechter kan zich in ieder geval niet meer op de ernst en de omvang van het leed oriënteren. De verschillende vragen die uit dit probleem voortvloeien, komen in deze paragraaf (nrs. 412-414) aan de orde.

4.2 Dient hetzelfde bedrag te worden toegekend?

412 In de eerste plaats kan de vraag rijzen of het bedrag dat op basis van de rechtshandavingsfunctie wordt toegekend in alle gevallen hetzelfde dient te zijn. Als de ernst van het leed niet meer bepalend is, zo is dan de redenering, bestaat geen reden om in het ene geval meer toe te kennen dan in het andere geval. Waarom zou bijvoorbeeld het recht op privacy in verschillende situaties een andere waarde hebben?²⁰¹

200 De bescherming van het opbouwen van een reputatie is wellicht te zien als een – heel specifieke – uitwerking in horizontale verhoudingen van de grondwettelijk beschermde vrije keuze van arbeid (art. 19 lid 3 Gr.w.).

201 Vgl. Loulan in noot bij Civ. 1re, 5-11-1996, D. 1997, 403. Zie over deze zaak hiervoor nr. 254.

De rechtshandhavingsfunctie dwingt evenwel niet tot een dergelijke gelijkschakeling van het toe te kennen smartengeld. Rechtshandhaving in de hier bedoelde zin betekent dat het privaatrecht voldoende middelen moet aanreiken om te reageren op schending van een bepaald recht. Eén van die middelen is toekenning van een recht op smartengeld. Rechtshandhaving vindt echter in een context plaats. De rechtsorde moet er voor zorgen dat de rechthebbende zich tegen verschillende soorten inbreuken en tegen verschillende soorten potentiële inbreukmakers moet kunnen verweren. Concreet betekent dit dat de rechter, wanneer de inbreukmaker bijvoorbeeld een winstoogmerk heeft, het smartengeld hoger kan vaststellen. Alleen zo is sprake van adequate rechtshandhaving. Naar huidig recht doet de rechter dit al in geval van aantasting van de eer en goede naam en schending van de privacy. De hoogte van de toegekende bedragen valt niet te verklaren uit de ernst van het ondervonden leed en is vergeleken met de hoogte van het smartengeld wegens fysiek letsel soms aan de hoge kant.²⁰² Waarschijnlijk kent de rechter stilzwijgend gewicht toe aan het feit dat het gaat om een commercieel gemotiveerde onrechtmatige daad. In de meeste gevallen blijkt dat echter niet expliciet; formeel dient het toegekende smartengeld ter compensatie van het slachtoffer.

Weliswaar biedt de compensatiefunctie de mogelijkheid om een ernstige mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de aansprakelijke te verdisconteren, maar hieraan zijn de nodige problemen verbonden. De redenering is dan dat de benadeelde extra verbitterd is door de wetenschap dat hem schade is toegevoegd door roekeloos of zelfs bewust onrechtmatig optreden van de aansprakelijke persoon. Of van verbittering daadwerkelijk sprake is en hoe deze zich verhoudt tot het overige leed is echter niet aantoonbaar. Bovendien is niet goed verdedigbaar dat dergelijke verbittering alleen wordt gecompenseerd in gevallen waarin al recht bestond op smartengeld maar niet daarbuiten. Tenslotte wordt aan de invloed van de schuldgraad op de hoogte van het smartengeld in de literatuur een beperkte invloed toegekend.²⁰³ De huidige theorievorming biedt de rechter nauwelijks een andere keuze. Verlaat hij het terrein van de compensatiefunctie, dan lijkt hij noodzakelijkerwijs terecht te komen bij een straf-functie. De rechtshandhavingsfunctie doorbreekt dit dualisme en bevordert bovendien de transparantie van de reeds bestaande praktijk.

Op grond van de rechtshandhavingsfunctie kan de rechter derhalve openlijk en zonder terughoudendheid gewicht toekennen aan de mate waarin de aansprakelijke persoon te goeder trouw was. Dit past prima in het wettelijk stelsel. Op verschillende plaatsen kent de wet namelijk gevolgen toe aan de omstandigheid dat iemand al dan geen schuld treft respectievelijk al dan niet te goeder trouw is. Krachtens art. 3:120 lid 1 BW komen de vruchten van een goed toe aan de bezitter te goeder trouw, terwijl de bezitter niet te goeder trouw deze moet afstaan aan de rechthebbende (art. 3:121 lid 1 BW). In geval van onverschuldigde betaling heeft de ontvanger van een goed ex art. 6:207 BW recht op vergoeding van de in dat artikel genoemde kosten tenzij hij te kwader trouw is. De goede trouw kan op grond van art. 6:212 lid 3 BW ook een rol spelen bij de bepaling van de omvang van een schadevergoedingsverplichting wegens ongerechtvaardigde verrijking. Op grond van art. 6:98 BW is de schuldgraad een

202 Zie hiervoor nr. 277.

203 Lindenbergh, 1998, p. 251.

relevante factor bij de vaststelling van het juridisch causaal verband. De schuldgraad is eveneens van belang in het kader van de matiging (art. 6:109 BW). In al deze gevallen heeft de aanwezigheid van goede trouw of schuld of het ontbreken daarvan rechtsgevolgen. Niet in te zien is waarom dit anders zou zijn bij bepaling van de hoogte van het op grond van de rechtshandhavingsfunctie toegekende smartengeld. Het gaat daarbij immers niet om schadevergoeding in de letterlijke zin des woords, dat wil zeggen om vergoeding van echte vermogensschade of om vergoeding van werkelijk leed. De rechter hoeft zich derhalve niet te beperken tot omstandigheden die gelegen zijn in de sfeer van de benadeelde. Hij dient op grond van de omstandigheden van het geval een bedrag toe te wijzen dat in staat is het geschonden recht te handhaven.

4.3 Verhouding tussen smartengeld ter compensatie en smartengeld ter rechtshandhaving

413 Uit het bovenstaande vloeit vrijwel automatisch een tweede vraag voort: hoe verhoudt het echte smartengeld ter compensatie van werkelijk leed op grond van de compensatiefunctie zich nu tot het oneigenlijke smartengeld dat gebaseerd is op de rechtshandhavingsfunctie? Met andere woorden, moet er een bepaalde verhouding bestaan tussen de op basis van deze twee functies toegekende bedragen? Indien dat niet het geval is, hoeft de rechter zich dan bijvoorbeeld bij bepaling van smartengeld wegens een inbreuk op de privacy niets gelegen te laten liggen aan de bedragen die ter compensatie van fysiek letsel worden toegebracht? Dit kan betekenen dat meer geld wordt toegekend voor een schending van de privacy dan voor een permanente handicap. Op het eerste gezicht lijkt dit niet te verdedigen. De indruk zou ontstaan dat het privaatrecht de fysieke integriteit minder hoog in het vaandel heeft staan dan de privacy van een bekende Nederlander. Dit verwijt zou doel treffen indien het in beide gevallen om echte schadevergoeding zou gaan. De strekking van het betoog is echter dat rechtshandhaving onderscheiden dient te worden van compensatie. Beide concepten zijn dusdanig verschillend dat vergelijking van toegekende bedragen zou neerkomen op een vergelijking van appels en peren. De reden dat voor een inbreuk op de privacy zulke relatief hoge bedragen worden uitgekeerd, heeft niet alleen te maken met de intrinsieke waarde van het aangetaste recht; in het kader van een betekenisvolle rechtshandhaving dient rekening gehouden te worden met het feit dat winst wordt gemaakt door inbreuken op de privacy. Hoewel de rechter dus niet gebonden is aan de bedragen die ter compensatie van fysiek letsel worden toegekend, is hiermee overigens niet gezegd dat voor rechtshandhaving ieder bedrag kan worden uitgekeerd. Zie hieronder in nr. 414.

In Duitsland bestaat aandacht voor deze kwestie. In de Duitse literatuur is kritiek geleverd op het feit dat de bedragen die de rechter toekent wegens inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' hoog zijn in vergelijking met het smartengeld dat dient ter compensatie van fysiek letsel.²⁰⁴ Löwe is van mening dat er een verhouding

204 Zie met verwijzingen Staudinger-Schäfer, 1986, Bem par. 847, Rz 167. Kritisch ook Seitz, NJW 1996, p. 2848-2849 en Lange, VersR 2000, p. 274-282. Zie hiervoor nrs. 232 en 331.

moet zijn tussen de hoogte van het smartengeld en de hoogte van de bedragen die wegens een inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' worden toegekend.²⁰⁵ Ten eerste komt smartengeld wegens de inbreuk op het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' in wezen neer op een analoge toepassing van par. 847 BGB. Ten tweede komt fysiek letsel tevens neer op een schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' en derhalve moet het daarvoor toegekende smartengeld in het algemeen hoger liggen dan in geval van enkele schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht'.

Deze kritiek ten spijt, heeft het BVerfG beslist dat het grondwettelijke recht op gelijke behandeling niet inhoudt dat het smartengeld voor schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' en het smartengeld wegens fysiek en geestelijk letsel in een bepaalde verhouding tot elkaar moeten staan.²⁰⁶ Deze uitspraak betrof een geval waarin een echtpaar drie kinderen bij een auto-ongeluk had verloren. Deze gebeurtenis tastte hen beide zowel fysiek als geestelijk ernstig aan en zij vorderden smartengeld. Het LG kende de man uiteindelijk DM 70.000 en de vrouw DM 40.000 toe. In hoger beroep vorderden eisers DM 150.000 respectievelijk DM 120.000, maar het OLG liet het vonnis van het LG in stand. Bij het BVerfG werd onder meer aangevoerd dat prinses Caroline van Monaco na terugverwijzing uiteindelijk DM 180.000 kreeg wegens een schending van haar privacy²⁰⁷ en dat het LG daarom in casu het gelijkheidsbeginsel had geschonden door veel lagere bedragen toe te kennen. Het BVerfG verwierp het beroep. In de eerste plaats overwoog het dat het om verschillende categorieën gaat. Smartengeld wegens aantasting van het algemene persoonlijkheidsrecht berust op een grondwettelijke 'Schutzauftrag', terwijl het recht op smartengeld in het andere geval is gebaseerd op par. 847 BGB. De eerste categorie – aantasting van het algemene persoonlijkheidsrecht – onderscheidt zich van de tweede in die zin dat de toekenning van smartengeld²⁰⁸ berust op de gedachte dat zonder een dergelijke aanspraak de aantasting van de menselijke waardigheid veelal zonder sanctie zou blijven, met als gevolg dat de 'Rechtsschutz' van de 'Persönlichkeit' zou verkommeren. Voorts overwoog het:

"Dabei erfolgt die Bestimmung der Entschädigungshöhe zum Teil anderen Gesichtspunkten als die Festsetzung des Schmerzensgeldes. (...) Maßgebend sind also Präventionsgesichtspunkte, die bei der Bemessung der Geldentschädigung in den Persönlichkeitsrechtsfällen zu einer deutlichen Erhöhung der zugebilligten Entschädigung führen. Ein solcher Gesichtspunkt wird jedoch bei den Körperverletzungs- bzw. Schockschadensfällen im Zusammenhang mit der Haftung für Verkehrsunfälle nicht herangezogen. Für die unterschiedliche Behandlung lassen sich Gründe anführen. Weder erfolgt die Rechtsverletzung bei typischen Verkehrsunfällen vorsätzlich, noch ist diese durch die Verfolgung kommerzieller Interessen motiviert. (...) Auch ist im Regelfall nicht zu erwarten, dass von einer entsprechenden Erhöhung des Schmerzensgeldes ein potenzieller Unfallverursacher veranlasst wird, sich an die Sorgfaltsanforderungen im Straßenverkehr

205 Löwe, 2000, p. 193-194.

206 BVerfG 8-3-2000, VersR 2000, p. 897.

207 OLG Hamburg 25-7-1996, NJW 1996, 2870. Zie over deze zaak hiervoor nrs. 232 en 331.

208 Het BVerfG spreekt niet van smartengeld, maar van 'Geldentschädigung' en merkt daarbij veelzeggend op: "(...) der Unterschied zu dem Schmerzensgeld zeigt sich neben der unterschiedlichen Rechtsgrundlage auch in der abweichenden Terminologie (...)"

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

zu halten. Eine solche Wirkung ist auch deshalb kaum zu erwarten, weil die Entschädigung im Ergebnis (...) nicht von dem Schädiger selbst, sondern von der Haftpflichtversicherung getragen wird.“

Uit bovenstaand citaat blijkt dat volgens het BVerfG de schending van persoonlijkheidsrechten zich in drie opzichten onderscheidt van veroorzaking van letschade (zowel fysiek als psychisch) door een verkeersfout. In de eerste plaats vindt schending van persoonlijkheidsrechten – in tegenstelling tot verkeersongelukken – veelal opzettelijk plaats. In de tweede plaats ligt aan de schending van persoonlijkheidsrechten veelal een winstmotief ten grondslag. Bij verkeersongelukken is dat niet het geval. Tenslotte zal een hoger bedrag aan schadevergoeding geen invloed hebben op het rijgedrag van mensen. Hun aansprakelijkheid wordt immers door een aansprakelijkheidsverzekeraar gedragen. De implicatie is dat dit bij schending van persoonlijkheidsrechten anders ligt.

Hoewel smartengeld wegens een inbreuk op het ‘allgemeine Persönlichkeitsrecht’ in bepaalde gevallen hoger kan zijn dan smartengeld wegens fysiek letsel of shockschade, betekent dit niet dat dit standaard het geval is. De hoogste bedragen die wegens een inbreuk op de privacy en aantasting van de eer en goede naam worden toegekend komen niet in de buurt van de bedragen die voor de meest ernstige letsel-schades worden uitgekeerd. Zoals gezegd kreeg prinses Caroline van Monaco na terugverwijzing²⁰⁹ uiteindelijk DM 180.000²¹⁰ wegens publicatie van een fictief interview. Het hoogste bedrag dat Hacks, Ring en Böhm in hun overzicht vermelden, is DM 700.000; dit betrof een hoge dwarslaesie waarbij het slachtoffer was aangewezen op een beademingsapparatuur en ook in zijn spraakvermogen was aangetast.²¹¹ Tegelijkertijd moet worden toegegeven dat DM 180.000 hoger is dan voor sommige ernstige kwetsingen wordt toegewezen. Zo werd DM 120.000 toegekend aan een benadeelde die onder meer een hersenschudding en meerdere breuken in beide benen had en wiens linkerbeen tot boven de knie werd afgezet.²¹² Voor paraplegie wordt ook soms minder toegekend²¹³, hoewel het hoogste bedrag dat Slizyk noemt DM 500.000 is.²¹⁴

209 BGHZ 128, 1 (15-11-1994). Zie over deze zaak hiervoor nrs. 232 en 331.

210 OLG Hamburg 25-7-1996, NJW 1996, 2870.

211 Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 2401.

212 Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 2187.

213 OLG Hamm 4-3-1992, Slizyk, 2001, p. 331, nr. 1630 waarin DM 170.000 werd toegekend aan een man die blijvend van een rolstoel afhankelijk was en zijn beroep moest opgeven. Zie ook OLG Stuttgart 24-5-1985, Slizyk, 2001, p. 330, nr. 998 waarin een vrouw DM 160.000 kreeg wegens onder meer verlamming aan beide benen en het feit dat ze haar beroep moest opgeven.

214 LG Oldenburg 11-10-1989, Slizyk, 2001, p. 338, nr. 1067 noemt als hoogste bedrag DM 500.000 (4-jarig meisje dat tot een rolstoel was veroordeeld en waarvan de seksuele functies ook blijvend waren beschadigd).

4.4 Grenzen aan de hoogte van het smartengeld

414 Tenslotte – en dat is de derde vraag – dient de vraag gesteld te worden of er grenzen zijn aan de hoogte van de bedragen die in het kader van rechtshandhaving kunnen worden toegekend. Geldt 'the sky' als 'the limit' nu de rechter niet zoals bij schadevergoeding een natuurlijk plafond heeft in de vorm van de omvang van de schade? Daarvoor hoeft mijns inziens niet te worden gevreesd. In de eerste plaats geldt op grond van Straatsburgse jurisprudentie een proportionaliteitsvereiste bij de toekenning van schadevergoeding.²¹⁵ Dit vormt een bovengrens, zij het dan ook niet een heel duidelijk toepasbare. Een meer specifieke vraag is of het smartengeld zo hoog mag worden vastgesteld dat de winst die bijvoorbeeld een krant maakt door een de privacy schendende onthulling geheel wordt afgeroomd. Het antwoord luidt dat de wet in de vorm van art. 6:104 BW een afzonderlijke regeling voor winstafracht bevat en dat het derhalve niet goed mogelijk lijkt om op art. 6:106 BW een tweede mogelijkheid voor winstafracht met eigen toepassingsvoorwaarden te funderen. Verkapte winstafracht in de vorm van een hoog smartengeld op basis van art. 6:106 BW is dus alleen mogelijk indien voldaan is aan de voorwaarden die art. 6:104 BW stelt. De Hoge Raad vat art. 6:104 BW op als een uitwerking van art. 6:97 BW, hetgeen inhoudt dat een rechter niet nauwkeurig berekenbare schade mag begroten op de winst die het onrechtmatig gedrag heeft opgeleverd.²¹⁶ Het gaat daarbij dus om een vorm van abstracte schadeberekening. Indien de rechter vaststelt dat in het gegeven geval geen schade is geleden, is de weg naar de toepassing van art. 6:104 BW afgesneden, aldus nog steeds de Hoge Raad. Het probleem is echter juist dat in de gevallen waarin smartengeld wordt toegekend op basis van de rechtshandavingsfunctie geen sprake is van aantoonbare schade.

Voor het geval dat de Hoge Raad van mening verandert zij nog opgemerkt dat winstafracht geen probleemloze figuur is. De gemaakte winst valt namelijk niet altijd eenvoudig te berekenen. In geval van een schending van de privacy of van de eer en goede naam door de 'entertainment press' zijn verschillende benaderingen denkbaar. Ten eerste kan worden aangeknoopt bij de hoogte van de oplagestijging als gevolg van de inbreuk. Een probleem is in dit verband dat niet duidelijk vaststelbaar is wat de invloed is geweest van de inbreuk op deze stijging. Dit geldt met name indien de onrechtmatige berichtgeving niet op de voorkant van de krant of het tijdschrift is aangekondigd. Ten tweede vormen de bedragen die het medium rekent voor plaatsing van advertenties een indicatie. Het geldt dat wordt verdiend met een pagina berichtgeving – die neerkomt op een inbreuk – ligt in principe hoger dan het bedrag dat voor een paginagrote advertentie wordt gerekend. Tenslotte kan de rechter kijken naar de bedragen die voor foto's en andere informatie worden neergeteld. De winst is hoger

215 EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544. In deze zaak had de historicus Miloslavsky, het hoofd van Winchester College, Lord Aldington, beschuldigd van oorlogsmisdaden. De jury kende de benadeelde wegens aantasting van diens reputatie ('defamation' meer precies 'libel') een schadevergoeding toe van £ 1,500,000. Het EHRM neemt een schending aan van art. 10 EVRM. Zie over deze zaak Verheij, AA 1997, p. 71-81.

216 HR 24 december 1993, NJ 1995, 421, nt. CJHB.

dan deze bedragen.²¹⁷ De bedragen die de rechter dan moet toekennen zouden buitengewoon hoog kunnen uitvallen. Ter illustratie: in Duitsland zou de exclusieve foto van de bruiloft van autocoureur Michael Schumacher verkocht zijn voor DM 500.000.²¹⁸ Indien de rechter zo'n bedrag als smartengeld op basis van de rechtshandhavingsfunctie zou toewijzen is het de vraag of het hierboven geformuleerde proportionaliteitsvereiste niet wordt geschonden.²¹⁹

Bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld mag er derhalve niet naar worden gestreefd de winst van de inbreukmaker af te romen. Vanuit financieel perspectief blijft de inbreuk derhalve aantrekkelijk. Het middel dat de benadeelde dankzij de rechtshandhavingsfunctie krijgt aangereikt is dan ook niet perfect. Ook de mogelijkheden van de rechtshandhavingsfunctie zijn derhalve beperkt. Indien men bepaalde rechten volledig wil handhaven door inbreuk daarop per definitie onaantrekkelijk te maken, dan dient naar een ander instrument, zoals bijvoorbeeld 'punitive damages', te worden gegrepen. De wenselijkheid daarvan en de haken en ogen die zitten aan regeling van die figuur blijven in dit onderzoek buiten beschouwing. Waar het hier om gaat, is dat duidelijk is dat er grenzen zijn aan de mogelijkheden van de rechtshandhavingsfunctie en de rekbaarheid van het geldend recht.

Ook in Duitsland lijkt de rechter een dergelijke grens in acht te nemen.²²⁰ In het Caroline I-arrest²²¹ overwoog het BGH:

"Das heißt zwar nicht, daß in solchen Fällen rücksichtsloser Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine 'Gewinnabschöpfung' vorzunehmen ist, wohl aber, daß die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist."

Met andere woorden: de rechter mag wel acht slaan op de behaalde winst, maar de omvang daarvan is niet beslissend. Het is niet meer dan een gezichtspunt bij vaststelling van de hoogte van het smartengeld.²²² Dat het BGH onderscheid maakt tussen de toekenning van smartengeld in geval van schending van het 'allgemeine Persönlichkeitsrecht' enerzijds en 'punitive damages' anderzijds kan voorts worden afgeleid uit het feit dat het BGH in Caroline I niet expliciet afstand neemt van een uitspraak waarin werd geoordeeld dat een Amerikaans vonnis waarin 'punitive damages' waren toegekend ter hoogte van \$ 400,000 niet in Duitsland ten uitvoer kon worden gelegd.²²³

217 Zie over deze drie aanknopingspunten Prinz, NJW 1996, p. 955-956.

218 Prinz, NJW 1996, p. 956.

219 EHRM 3 juli 1995, NJ 1996, 544.

220 Zij het dan dat het BGH in dat verband spreekt van preventie en niet van rechtshandhaving.

221 BGHZ 128, 1 (15-11-1994).

222 De literatuur is overigens verdeeld. Volgens Seitz, NJW 1996, p. 2848-2850 en Prinz, NJW 1996, p. 953-958 is winstafracht mogelijk, terwijl Steffen NJW 1996, p. 10-14 meent dat dit niet zo is. Zie ook hiervoor nrs. 232 en 331.

223 BGHZ 118, 312 (4-6-1992). Zie over deze uitspraak Rosengarten, NJW 1996, p. 1935-1938.

5. Overgang, faillissement, beslag en huwelijksgemeenschap

5.1 Inleiding

415 Voor de smartengeldvordering gelden bijzondere regels. Daarmee doel ik in de eerste plaats op art. 6:106 lid 2. Deze bepaling geeft enkele bijzondere regels met betrekking tot overgang en beslag. Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat de vordering tot smartengeld in bepaalde gevallen verknocht is in de zin van art. 1:94 lid 3 BW en derhalve bij ontbinding van de huwelijksgemeenschap door echtscheiding buiten de verdeling dient te blijven.²²⁴

In het navolgende wordt onderzocht in hoeverre deze bijzondere regels zijn terug te voeren op de bij de totstandkoming van het huidig BW aan smartengeld toegekende functies. Indien de bijzondere regels heel nauw verbonden zouden zijn met destijds aan smartengeld toegekende functies, rijst immers de vraag welke consequenties de hier verdedigde rechtshandavingsfunctie heeft voor deze bijzondere regels. De conclusie is echter dat aan de bijzondere regels overwegingen van andere aard ten grondslag lagen. De keuze voor de rechtshandavingsfunctie heeft op dit vlak derhalve geen gevolgen. Over de overwegingen die aan de bijzondere regels ten grondslag lagen, kan echter wel het een en ander worden gezegd. Ik sluit daarom af met mijn eigen visie op die overwegingen.

De opbouw is als volgt. Allereerst worden bovengenoemde bijzondere regels, hun ratio en de kritiek daarop in de literatuur behandeld (nrs. 416-417). Vervolgens neem ik een eigen standpunt in (nr. 418).

5.2 Parlementaire geschiedenis en jurisprudentie

416 Art. 6:106 lid 2 BW luidt als volgt:

“Het recht op een vergoeding, als in het vorige lid bedoeld, is niet vatbaar voor overgang en beslag, tenzij het bij overeenkomst is vastgelegd of ter zake een vordering in rechte is ingesteld. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.”

De overgang van en het beslag op een recht op vergoeding van immateriële schade zijn krachtens dit artikel aan bepaalde, nader te bespreken, vereisten onderworpen. Anders dan de tekst van de wet suggereert, heeft art. 6:106 lid 2 BW niet uitsluitend betrekking op aan art. 6:106 lid 1 BW ontleende vorderingen. Het betreft een algemene regel die derhalve ook geldt met betrekking tot andere bepalingen dan art. 6:106 BW die recht op smartengeld geven.²²⁵

De beperkingen van art. 6:106 lid 2 BW werden blijkens de parlementaire geschiedenis nodig geacht in verband met het ‘hoogstpersoonlijke karakter’ van vergoeding

224 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693, nt. WMK.

225 TK 1991-1992, 22 506, nr. 5, p. 6. Zie Lindenberg, 1998, p. 324.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

van immateriële schade.²²⁶ Hiermee lijkt enerzijds te worden bedoeld dat het niet de bedoeling is dat derden financieel profiteren van het leed van het slachtoffer en anderzijds dat het slachtoffer zelf moet laten blijken of hij genoegdoening voor zijn immateriële schade wil vorderen.²²⁷ Elders is het hoogstpersoonlijke karakter in verband gebracht met de ratio van de toekenning van smartengeld, namelijk het bewerkstelligen van een genoegdoening in de relatie tussen aansprakelijke en benadeelde. Deze ratio brengt mee dat slechts de benadeelde een vordering tot vergoeding van immateriële schade kan instellen.²²⁸

Voor een *overgang onder bijzondere titel* en *beslag* (daaronder begrepen faillissement²²⁹) van het recht op smartengeld is als uitvloeisel van bovenvermelde ratio vereist dat dit recht bij overeenkomst is vastgelegd of dat de benadeelde een rechtsvordering heeft ingesteld. Ter rechtvaardiging van het stellen van een nader vereiste aan de overdracht onder bijzondere titel is bij de totstandkoming van het huidige art. 6:106 BW lid 2 gesteld:

“Door de onzekerheid ten aanzien van het bedrag dat een vordering ex artikel 11 (art. 6:106 BW, AJV) bij inning door de cessionaris zal opleveren, zal een dergelijke transactie in de regel een hoogst speculatief karakter dragen. Te vrezen valt dat zij zonder een redelijk doel te dienen het ontstaan van misbruiken in de hand zal werken.”²³⁰

Voor *overgang onder algemene titel* van het recht op smartengeld is geen vastlegging bij overeenkomst of instelling van een rechtsvordering vereist. Art. 6:106 lid 2 BW eist slechts dat de benadeelde aan de aansprakelijke heeft medegedeeld dat hij op vergoeding van immateriële schade aanspraak wenst te maken. Aan deze naar verhouding soepele eis ligt vooral een praktische overweging ten grondslag. In geval van lichamelijk letsel wordt vaak langdurig onderhandeld. Het is mogelijk dat de benadeelde tijdens de onderhandelingen komt te overlijden zonder dat sprake is van een overeenkomst en zonder dat terzake een rechtsvordering is ingesteld. Tegen de bedoeling van de benadeelde in, zou de vordering tot smartengeld dan niet vererven. Om deze consequentie te vermijden, is een enkele mededeling van de benadeelde voldoende voor overgang onder algemene titel.²³¹ Verder heeft meegespeeld dat vergoeding van affectieschade niet mogelijk is. De wetgever wilde vermijden dat nabestaanden langs de weg van vererving alsnog recht op smartengeld zouden hebben.²³²

Wat betreft de vraag of de vordering tot smartengeld in de *huwelijksgemeenschap* valt, is de parlementaire geschiedenis niet eenduidig. In eerste instantie werd gesteld

226 PG Boek 6, p. 378.

227 PG Boek 6, p. 378 en p. 383. Niet helemaal duidelijk is overigens of het eerste aspect ook nog als uitvloeisel van het hoogstpersoonlijke karakter van de vordering tot smartengeld moet worden gerekend of dat dit een zelfstandig reden is voor de redactie van art. 6:106 lid 2 BW.

228 PG Boek 6, p. 381.

229 Bouman en Tilanus-van Wassenauer, 1998, nr. 43; Lindenberg, 1998, p. 317; Polak-Wessels II, par. 2055.

230 PG Boek 6, p. 381.

231 PG Boek 6, p. 383. In een eerder stadium was de minister overigens niet bereid tot een dergelijke versoepeling. Zie PG Boek 6, p. 381-382.

232 PG Boek 6, p. 381, zie Van Dam, 1991, p. 87.

dat de vordering verknocht was in de zin van art. 1:94 lid 3 BW.²³³ Vervolgens werd, met verwijzing naar een intussen gewezen arrest van de Hoge Raad²³⁴, opgemerkt dat het recht op smartengeld in de huwelijksgemeenschap valt, indien voldaan is aan de vereisten van art. 6:106 lid 2 BW.²³⁵ In een later arrest is de Hoge Raad hierop teruggekomen.²³⁶ In het geval van een vrouw die door een whiplash blijvende materiële en immateriële schade leed, had de verzekeraar van de aansprakelijke na de echtscheiding nog een bedrag van f 178.000,- uitgekeerd.²³⁷ Het Hof had geoordeeld dat de aanspraak van de vrouw op vergoeding van materiële en immateriële schade naar haar aard in zoverre is verknocht dat zij bij de ontbinding van de gemeenschap door echtscheiding buiten de gemeenschap dient te blijven. Het Hof had daarbij met name gewicht toegekend aan de omstandigheid dat de schadevergoeding strekt tot compensatie van materiële en immateriële schade die de vrouw *in de toekomst* zou lijden.²³⁸ De Hoge Raad liet het arrest van het Hof in stand. Meer in het algemeen overwoog hij dat de vraag of een goed verknocht is in de zin van art. 1:94 lid 3 BW afhangt van de aard van dat goed zoals deze mede door de maatschappelijke opvattingen wordt bepaald.

Op grond van het bovenstaande kan geconcludeerd worden dat de bijzondere regels van art. 6:106 lid 2 BW voornamelijk zijn terug te voeren op het hoogstpersoonlijke karakter dat de wetgever van het huidige BW aan smartengeld toedacht. Dit hoogstpersoonlijke karakter heeft twee gevolgen. In de eerste plaats moet het slachtoffer zelf beslissen of hij een vordering tot vergoeding van immateriële schade instelt. In de tweede plaats dient het smartengeld aan hem ten goede te komen. Verder hebben verschillende overwegingen van andere aard een rol gespeeld. In geval van overdracht onder bijzondere titel vreesde de wetgever voor niet nader gespecificeerd misbruik. De omstandigheid dat vergoeding van affectieschade niet mogelijk was, werd als reden aangevoerd om overgang onder algemene titel niet zonder meer mogelijk te maken. Dat slechts gekozen werd voor een niet aan verdere vormvoorschriften gebonden mededelingsvereiste, had de praktische reden dat vererving van de smartengeldvordering ook mogelijk diende te zijn indien het slachtoffer had aangegeven aanspraak op smartengeld te willen maken, doch tijdens de onderhandelingen was overleden.

De keuze voor de rechtshandhavingsfunctie heeft hier derhalve geen gevolgen. De beschreven bijzondere regels liggen echter om verschillende redenen in de literatuur onder vuur. Daarover handelt nr. 417.

233 PG Boek 6, p. 389.

234 HR 3 januari 1986, NJ 1987, 73, nt. EAAL.

235 PG Boek 6, p. 1277.

236 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693, nt. WMK. Zie over deze uitspraak Lindenberg, JBN 1998, p. 2-4 en Verstappen, FJR 1998, p. 78-84.

237 Dit bedrag bestond uit f 20.000,- smartengeld en f 170.000,- ter compensatie van vermogensschade bestaande uit inkomensschade, kosten van huishoudelijk hulp en verlies van zelfwerkzaamheid.

238 Tijdens het huwelijk had de verzekeraar al een bedrag van f 12.000,- uitgekeerd. Dit bedrag is door partijen wel bij de boedelscheiding betrokken en bij helfte verdeeld. In de procedure stond vast dat de tijdens het huwelijk door de gemeenschap geleden schade niet uitgaat boven het bedrag van f 12.000,-.

5.3 Literatuur

417 In de literatuur is het bijzondere regime waaraan de vordering tot smartengeld is onderworpen niet zonder kritiek gebleven. Van Dam acht ten aanzien van het vereiste van mededeling als voorwaarde voor *vererving* van de smartengeldvordering bezwaarlijk "(...) dat een zwaargewonde en/of zijn naaste verwanten zich in een penibele situatie bezig moeten houden met allerlei juridische activiteiten – aangenomen dat zij van de (on)mogelijkheden dienaangaande op de hoogte zijn – om de smartengeldvordering (...) veilig te stellen."²³⁹ Als in de praktijk het belang van het vasthouden aan het hoogstpersoonlijke karakter van het recht op smartengeld niet tegen dit bezwaar opweegt, verdient automatische vererving zijns inziens de voorkeur.²⁴⁰

Lindenbergh is meer in het algemeen van mening dat de regeling van art. 6:106 lid 2 BW vlees noch vis is. De extra voorwaarden die de wet stelt aan de overgang van en het beslag op het recht op smartengeld worden gerechtvaardigd door te verwijzen naar het persoonlijk karakter van dit recht, maar zij waarborgen niet dat het smartengeld daadwerkelijk aan de benadeelde ten goede komt. Zij hebben derhalve een nogal arbitrair karakter.²⁴¹ De beperkingen van art. 6:106 lid 2 BW zijn volgens hem evenmin gerechtvaardigd door de overweging dat de benadeelde zelf dient te beslissen over het al dan niet aanspraak maken op smartengeld. Wellicht gold vroeger dat het vorderen van smartengeld door veel mensen als onethisch werd gezien, maar tegenwoordig is dat niet meer het geval.²⁴² Tegen deze achtergrond zijn de nadelen van de vereisten van art. 6:106 lid 2 BW groter dan de voordelen. Hij stelt dan ook voor om art. 6:106 lid 2 BW te schrappen.²⁴³ Dit algemene standpunt leidt Lindenbergh tot het volgende.

Aan de *overdracht* en de *vererving* van de smartengeldvordering wil hij in het geheel geen bijzondere voorwaarden stellen.²⁴⁴ Voorts is hij van mening dat schuldeisers zich volledig op het smartengeld van hun schuldenaar moeten kunnen verhalen.²⁴⁵ *Beslag* op het recht op smartengeld dient derhalve zonder nadere beperkingen mogelijk te zijn en in geval van *faillissement* dient het recht op smartengeld in de failliete boedel te vallen. Hij voert hiertoe drie argumenten aan. In de eerste plaats geldt als uitgangspunt dat schuldeisers zich op het gehele vermogen van hun schuldenaar kunnen verhalen (art. 3:276 BW). Voorts is niet beslissend dat de vordering tot smar-

239 Van Dam, 1991, p. 91.

240 Van Dam verwijst naar het Duitse recht waar om die reden de beperkingen die par. 847 BGB vroeger stelde in 1990 zijn opgeheven, zie BGBl 1990 I, 478. Deze beperkingen zorgden, in de vaak aangehaalde woorden van Deutsch, slechts voor het "(...) makabere Spektakel des Wettlaufs zwischen der Zustellung der Klage und dem Tod.", zie Deutsch, 1976, p. 478. Zie over de problemen die voor de wetswijziging ontstonden Voß, VersR 1990, p. 821-826.

241 Lindenbergh, 1998, p. 327.

242 Lindenbergh merkt bovendien op dat een dergelijk bezwaar niet typerend is voor vergoeding van immateriële schade, maar zich ook ten aanzien van vergoeding van vermogensschade kan voordoen.

243 Lindenbergh, 1998, p. 326-328. Dit laat onverlet dat de benadeelde om persoonlijke redenen niet besluit om om smartengeld te vorderen. Zoals Lindenbergh zelf al aangeeft, heeft de benadeelde deze keuzemogelijkheid niet na zijn overlijden en bij faillissement.

244 Lindenbergh, 1998, p. 329 en 331-332.

245 Lindenbergh, 1998, p. 329-331, zie in dezelfde zin Polak-Wessels II, par. 2055.

tengeld niet in de plaats komt van een vermogensbestanddeel. Schuldeisers kunnen zich namelijk ook verhalen op andere voordelen die evenmin voor een vermogensbestanddeel in de plaats komen (denk aan het winnen van een loterij bijvoorbeeld). Tenslotte houdt de Faillissementswet slechts goederen buiten het faillissement die tot de eerste levensbehoefte behoren.

Voor wat betreft de vraag of de vordering tot smartengeld in de *huwelijksgemeenschap* valt, is Lindenberg kritisch over het feit dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de smartengeldvordering in bepaalde gevallen verknocht is in de zin van art. 1:94 lid 3 BW.²⁴⁶ Hij merkt op dat het oordeel van de Hoge Raad voornamelijk gemotiveerd schijnt door de wens de harde consequenties van de huwelijksgemeenschap te vermijden. Lindenberg is van mening dat partijen dergelijke consequenties zelf hadden kunnen vermijden door het opmaken van huwelijkse voorwaarden. Dat veel mensen zich bij het aangaan van het huwelijk niet om dergelijke gevolgen zullen bekommeren doet daaraan zijns inziens niet af. Van Duijvendijk-Brand zal de beslissing van de Hoge Raad om de vordering tot smartengeld in bepaalde gevallen als verknocht aan te merken daarentegen met instemming hebben begroet. In haar dissertatie uit 1990 had zij hiervoor namelijk met verve gepleit: "(...) de lotsverbondenheid die (mede) belichaamd is in de huwelijksgoederengemeenschap dient niet zo ver te gaan, dat de ene echtgenoot bij echtscheiding geldelijk voordeel heeft van het feit, dat de ander veel leed heeft moeten ondergaan en/of blijvend invalide is."²⁴⁷

5.4 Evaluatie

418 De hierboven weergegeven kritiek op art. 6:106 lid 2 BW deel ik in grote lijnen. De daarin neergelegde bijzondere regels zorgen er geenszins voor dat het smartengeld daadwerkelijk aan het slachtoffer ten goede komt, terwijl dat toch een belangrijk argument heet te zijn. Hoewel art. 6:106 lid 2 BW om die reden ongelukkig is, wil dat niet zeggen dat ik het oneens ben met de gedachte dat smartengeld zoveel mogelijk dient toe te komen aan het slachtoffer. Zou smartengeld niet aan het slachtoffer, maar aan derden toevloeien, dan komt dit mijns inziens op gespannen voet te staan met het beginsel dat het schadevergoedingsrecht niet mag resulteren in ongerechtvaardigde verrijking. Dit spreekt des te meer in gevallen van (blijvend) fysiek of psychisch letsel. Het is naar mijn mening niet goed verdedigbaar wanneer derden financieel zouden kunnen profiteren van het leed van een ander, terwijl *die ander dit leed nog steeds met zich draagt*. Deze gedachte heeft de Hoge Raad mijns inziens tot leidraad gediend bij de uitleg van art. 1:94 lid 3 BW en heeft gevolgen voor de vereisten die art. 6:106 lid 2 BW stelt aan de *overgang onder algemene titel* van en het (*faillissements*)beslag op het recht op smartengeld. Dit vergt enige toelichting.

De uitspraak waarin de Hoge Raad de smartengeldvordering als verknocht in de zin van art. 1:94 lid 3 BW aanmerkte, betrof een vordering tot vergoeding van toekomstige immateriële nadelen die de benadeelde zou ondervinden als gevolg van *blijvend*

246 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693, nt. WMK. Lindenberg, 1998, p. 333-334.

247 Van Duijvendijk-Brand, 1990, p. 33.

fysiek letsel.²⁴⁸ Deze uitspraak hoeft geen verbazing te wekken. Het zou mijns inziens onredelijk zijn om de voormalige echtgenoot van het slachtoffer te laten profiteren van het leed van het slachtoffer nu zij dit ook in de toekomst met zich zal dragen. Dit is met name onredelijk omdat iemand zo zou profiteren van het leed van een ander doordat hij (een gedeelte van) het geld krijgt dat was bedoeld om die ander in staat te stellen zijn leed (voor zover mogelijk) te verzachten. Zonder al te hoge verwachtingen te koesteren omtrent positieve psychologische effecten van het ontvangen van smartengeld, zou men misschien zelfs kunnen zeggen dat het leed van het slachtoffer in stand wordt gehouden doordat het smartengeld niet aan hem maar aan een derde toevalt.

Dezelfde onredelijkheid zou zich naar mijn mening echter voordoen indien schuldeisers beslag zouden kunnen leggen op de vordering tot smartengeld of wanneer deze vordering in de failliete boedel zou vallen. Waarom zou een voormalige echtgenoot (zeker in geval van een langdurig huwelijk) niet mogen profiteren van de vergoeding terzake van het blijvend letsel van zijn voormalige echtgenote, terwijl de eerste de beste schuldeiser dat wel mag?

De argumenten die werden aangevoerd ter onderbouwing van de opvatting dat de vordering tot smartengeld in de failliete boedel dient te vallen wegen hier niet tegen op. Het ging om de volgende argumenten.²⁴⁹ In de eerste plaats is gewezen op het uitgangspunt dat schuldeisers zich op het gehele vermogen van hun schuldenaar kunnen verhalen (art. 3:276 BW). Voorts is naar voren gebracht dat niet beslissend is dat de vordering tot smartengeld niet in de plaats komt voor een vermogensbestanddeel. Schuldeisers kunnen zich namelijk ook verhalen op andere voordelen die evenmin voor een vermogensbestanddeel in de plaats komen (denk aan het winnen van een loterij bijvoorbeeld). Tenslotte is opgemerkt dat volgens de Faillissementswet slechts goederen die tot de eerste levensbehoeften behoren buiten het faillissement blijven.

Tegen deze argumenten valt het volgende in te brengen. De toekenning van smartengeld is niet zomaar een voordeel dat op één lijn kan worden gezet met het winnen van een loterij. In geval van (blijvend) fysiek of psychisch letsel strekt smartengeld ertoe de rechthebbende te compenseren voor ondergaan leed.²⁵⁰ Indien de smartengeldvordering in de failliete boedel zou vallen, hebben schuldeisers niet alleen een *voordeel*, maar blijft de rechthebbende ook met een (immaterieel) *nadeel* achter. Dat is niet zo in geval van een loterij. Daar hebben de schuldeisers ook een voordeel, maar de rechthebbende blijft na afwikkeling van het faillissement niet met een (immateriële) schadepost zitten. Onder deze omstandigheden is het redelijk dat het smartengeld ten goede komt aan het slachtoffer. Dat hiertoe een uitzondering moet worden gemaakt op het uitgangspunt dat schuldeisers zich op het gehele vermogen van hun schuldenaar kunnen verhalen (art. 3:276 BW) en op het feit dat de Faillissementswet slechts goederen die tot de eerste levensbehoeften behoren buiten het faillissement houdt, acht ik geen onoverkomelijk bezwaar.

248 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693, nt. WMK.

249 Lindenberg, 1998, p. 329-331, zie hiervoor nr. 417.

250 En hierdoor wordt tegelijkertijd het recht op fysieke integriteit gehandhaafd.

Buiten gevallen van (blijvend) fysiek of psychisch letsel dient mijns inziens hetzelfde te gelden. De smartengeldvordering dient buiten het (faillissements)beslag te vallen en moet als verknocht in de zin van art. 1:94 lid 3 BW worden beschouwd. Weliswaar heeft de benadeelde in die gevallen geen aantoonbaar leed ondervonden, maar de vordering tot vergoeding van immateriële schade is toch nauw met de persoon van de benadeelde verbonden: het zijn immers *zijn* persoonlijkheidsrechten waarop inbreuk is gemaakt. De omstandigheid dat de rechtshandhaving plaatsvindt door de toekenning van geld zodat zijn vermogen daardoor toeneemt, is te beschouwen als een toevallige omstandigheid die derden niet aangaat en waarvan zij geen voordeel mogen hebben. De vordering tot vergoeding van immateriële schade ter rechtshandhaving kan derhalve niet op één lijn worden gesteld met het winnen van een loterij.

Tenslotte ben ik van mening dat de voorwaarden die art. 6:106 lid 2 BW stelt aan de *overgang onder bijzondere en algemene titel* moeten komen te vervallen. Hiervoor bleek dat overdracht vooral ongewenst werd geacht in verband met onzekerheid omtrent de omvang van de smartengeldvordering.²⁵¹ Cessie van de vordering zou daarmee een hoogst speculatief karakter krijgen waardoor misbruik in de hand zou worden gewerkt. Het feit dat de omvang van de vordering niet vast staat en derhalve een speculatief karakter heeft, is op zichzelf onvoldoende reden om nadere eisen te stellen aan de overdraagbaarheid.²⁵² De in de literatuur geformuleerde kritiek op het mededelingsvereiste waaraan voldaan moet zijn voor overgang onder algemene titel acht ik eveneens gegrond.²⁵³

6. Voordelen van de rechtshandhavingsfunctie boven de compensatiefunctie

419 Nu in het bovenstaande (nrs. 382-418) uiteen is gezet waar de hier voorgestelde rechtshandhavingsfunctie ter onderbouwing van de toekenning van smartengeld op neerkomt, kunnen thans alle voordelen van deze functie op een rij worden gezet.

In de eerste plaats verklaart de rechtshandhavingsfunctie het geldende recht, terwijl de compensatiefunctie daartoe niet in staat is.²⁵⁴ De rechtshandhavingsfunctie leidt daarom tot een verhoging van de kwaliteit van het juridisch debat. De discussie hoeft niet meer gevoerd te worden in termen van (de ernst van het) leed, maar kan plaatsvinden met behulp van de op de rechtshandhaving gebaseerde gezichtspunten.²⁵⁵ Binnen het kader van art. 6:106 lid 1 sub b BW komt de hier voorgestelde, op de rechtshandhavingsfunctie gebaseerde, benadering derhalve neer op een multi-factor-benadering die in wezen hetzelfde is als de multi-factor-benadering van art. 6:98

251 Zie PG Boek 6, p. 381 en hiervoor nr. 416.

252 Vgl. Lindenbergh, 1998, p. 316, zie hiervoor nr. 417.

253 Van Dam, 1991, p. 91, zie hiervoor nr. 417.

254 Zie hiervoor nrs. 357 en 364.

255 Zie hierboven nrs. 382-391.

BW.²⁵⁶ De argumenten die Köster destijds voor de toerekening naar redelijkheid en tegen de adequatie-leer heeft aangevoerd zijn hier vrijwel gelijkelijk van toepassing. Het probleem van het voorzienbaarheids criterium was dat het zo rekbaar was als elastiek. De rechter kon in principe alles voorzienbaar of onvoorzienbaar oordelen. Het gevolg van deze gang van zaken was dat de werkelijke beweegredenen verborgen bleven. Er ontstond een discrepantie tussen motivering en motivatie. In plaats van te schermen met het plooibare begrip voorzienbaarheid stelde Köster²⁵⁷ daarom een ander criterium voor: de toerekening naar redelijkheid. De rechter zou expliciet moeten aangeven welke gezichtspunten hem tot zijn oordeel hadden geleid.

Dezelfde gedachte ligt ten grondslag aan mijn voorstel. Bij de toekenning van smartengeld komt vanwege de dominante positie van de compensatiefunctie thans te veel het accent te liggen op de aanwezigheid van (ernstig) leed. Dit kan leiden tot ongewenste redeneringen. Bij gering leed kan dan namelijk als argument tegen vergoeding worden ingebracht dat het gaat om bagatelschade, terwijl ook ernstig leed niet voor vergoeding zou komen omdat ernstig leed toch niet kan worden weggenomen. Door te denken in termen van (compensatie van) smart blijven de criteria aan de hand waarvan de wenselijkheid van de toekenning van smartengeld nader kan worden ingevuld grotendeels verborgen. De hier gepropageerde multi-factor-benadering wil aan deze ondoorzichtigheid een einde maken door openlijk een aantal factoren (hier gezichtspunten genoemd) te formuleren dat relevant is voor de vraag of de toekenning van smartengeld wenselijk is. Dit bevordert de juridische eerlijkheid²⁵⁸ naar buiten toe en zal ook de besluitvorming voor de rechter zelf vergemakkelijken. De kwaliteit van het juridisch debat zal toenemen doordat andere omstandigheden dan de ernst en de omvang van het leed niet direct in de taboesfeer worden getrokken. Op termijn zal zo ook de rechtszekerheid toenemen.²⁵⁹ Niet in de laatste plaats doordat via de rechtshandavingsfunctie het debat van het feitelijk niveau (is er sprake van leed?) naar het juridisch niveau wordt getild.

Wie bij de interpretatie van het begrip persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW uitgaat van de rechtshandavingsfunctie (en de daarop gebaseerde gezichtspunten) kiest voor een primair normatieve ('rights based') benadering; wie uitgaat van de compensatiefunctie kiest daarentegen voor een vooral feitelijk getinte benadering.²⁶⁰ Een normatieve in plaats van een feitelijke benadering maakt dat het slachtoffer zijn leed niet hoeft op te kloppen. Voordelig voor het slachtoffer is bovendien dat hij in mindere mate genoodzaakt zal zijn om zich te onderwerpen aan –

256 Verschil is natuurlijk dat bij de toepassing van art. 6:98 BW de rechter rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval, terwijl hij dat bij de uitleg van art. 6:106 lid 1 sub b BW niet mag doen.

257 Köster, 1963. Zie verder Van Schellen, 1972 en 1985 en Brunner, VR 1981, p. 210-217 en 233-236.

258 Vgl. Van Schellen, 1985, p. 13 die de adequatieleer 'denkoneerlijkheid' verwijt en Giesen, 2001, p. 487 die met betrekking tot bewijslastomkering in wezen ook een multifactorbenadering kiest en verwacht dat rechterlijke beslissingen daardoor inzichtelijker worden.

259 Rechtszekerheid wordt ook door Van Schellen en Giesen gezien als voordeel van de door hen – op verschillende terreinen – voorgestane multifactorbenaderingen, zie Van Schellen, 1985, p. 13 en Giesen, 2001, p. 486 en 488.

260 Normen en feiten zijn nooit geheel los van elkaar te zien, maar de bovengenoemde tweedeling geeft wel goed aan waar het in essentie om gaat.

veelal als belastend ervaren — psychologisch of psychiatrisch onderzoek. Dit heeft minder transactiekosten tot gevolg: er hoeven geen psychologen of psychiaters te worden ingeschakeld met alle tijd en kosten van dien.²⁶¹ Ook voor het slachtoffer biedt dit voordelen. Een ander voordeel van een 'rights based'-benadering is dat de Hoge Raad beter kan toetsen in cassatie. In een benadering waarin vooral de ernst van het ondervonden leed centraal staat, is dat minder goed mogelijk. Op termijn zal ook dit de rechtszekerheid bevorderen.

Verder is van groot praktisch belang dat met de rechtshandhavingsfunctie een vehikel in de vorm van een recht op schadevergoeding is gevonden voor de doorwerking van grondrechten in de verhoudingen tussen burgers. Tot dusverre stond voornamelijk de vraag centraal of het überhaupt mogelijk is dat grondrechten tussen burgers werken en zo ja hoe de waarborgen die de overheid in acht moet nemen vertaald moeten worden in de verhouding tussen burgers. De horizontale werking van grondrechten heeft zich tot dusverre vooral gemanifesteerd door inkleuring van bepaalde begrippen. Er is tot op heden nauwelijks systematisch bekeken met behulp van welke rechtsvorderingen grondrechten zich in horizontale verhoudingen kunnen doen gelden, met andere woorden: kunnen worden gehandhaafd. Het privaatrecht is ouder dan de grondrechten, met als gevolg dat het privaatrechtelijk handhavingsapparaat primair is toegesneden op de handhaving van de traditionele privaatrechtelijke rechten. Het privaatrecht is dan ook niet met het oog op handhaving van de jongere grondrechten uitgerust met een apart arsenaal aan rechtsmiddelen. De figuur die zich hiervoor leent, is de vordering tot smartengeld. De rechtshandhavingsfunctie geeft zo tot op zekere hoogte uitdrukking aan de autonomie van het privaatrecht. De handhaving van de ook in horizontale verhoudingen relevante grondrechten wordt zo primair toevertrouwd aan het privaatrecht en niet aan het straf- of bestuursrecht.

Tenslotte valt nog ten voordele van de rechtshandhavingsfunctie op te merken dat zij goed spoort met bepaalde rechtseconomische inzichten over vergoeding van immateriële schade. Vanuit rechtseconomisch perspectief is toekenning van smartengeld ter compensatie problematisch aangezien immateriële schade ex post geen vraag naar geld genereert. Daarom is het slachtoffer niet bereid ex ante een bedrag te betalen en is er dus geen markt voor 'first party'-verzekeringen voor immateriële schade beschikbaar.²⁶² Weliswaar kan een benadeelde een sommenverzekering afsluiten en (een deel van) het uitgekeerde bedrag aanwenden ter delging van immateriële schade, maar dit is niet het expliciete doel van een sommenverzekering.²⁶³ Vergoeding van immateriële schade laat zich echter wel op de preventiefunctie baseren. Daarbij dient onderscheid gemaakt te worden tussen unilaterale ongevallen waarbij één partij (de dader) het ongevalsrisico kan beïnvloeden en multilaterale ongevallen waarbij behalve de dader ook het slachtoffer daarop invloed heeft. Bij een unilateraal ongeval dient de

261 Bovendien worden zo de onzekerheden van een andere discipline buiten de deur gehouden. Zie over transactiekosten bij vergoeding van letselschade Weterings, 1999.

262 Faure, 2000, p. 115.

263 Faure, 2000, p. 115-116 en noot 38. Hij merkt (op p. 122) met verwijzing naar Croley and Hanson, Harv. LR 1995, p. 1785-1917 echter wel op dat dit standpunt rechtseconomisch niet geheel onbetwist is. Deze beide auteurs zijn van mening dat slachtoffers ex ante wel een vraag naar verzekering tegen immateriële schade hebben, maar dat er juridische en economische obstakels bestaan, die de first party-verzekering onmogelijk maken.

dader alle schade en dus ook alle immateriële schade te vergoeden zodat hij wordt aangespoord voldoende preventieve maatregelen te nemen. Bij bilaterale ongevallen ligt dit anders omdat ook het slachtoffer dient te worden aangespoord om preventieve maatregelen te nemen. Omdat het eigen schuld-verweer een onvoldoende prikkel wordt geacht dient het slachtoffer door een terughoudende vergoeding van immateriële schade aangespoord te worden.²⁶⁴ De centrale vraag is derhalve “(...) wiens activiteit meeste invloed uitoefent op het tot stand komen van het risico en wiens activiteit bijgevolg gecontroleerd moet worden.”²⁶⁵

Deze inzichten ondermijnen de rechtshandhavingsfunctie geenszins. Deze functie biedt namelijk vooral een grondslag voor de toekenning van smartengeld wegens schending van persoonlijkheidsrechten. De schending van een persoonlijkheidsrecht is in veel gevallen een opzettelijke onrechtmatige daad en derhalve dient de activiteit van de inbreukmaker gecontroleerd te worden. Denk bijvoorbeeld aan een inbreuk op de privacy, een aantasting van de eer en goede naam, een schending van een auteursrechtelijk persoonlijkheidsrecht en discriminatie. Van de toekenning van smartengeld gaat in deze gevallen in beginsel een preventief effect uit. Dit betekent overigens niet dat rechtshandhaving niets anders is dan preventie in een ander jasje.²⁶⁶ Gezegd is slechts dat voor zover er rechtseconomische bezwaren bestaan tegen vergoeding van immateriële schade deze niet de rechtshandhavingsfunctie, doch de compensatiefunctie betreffen.

264 Faure, 2000, p. 112-114. Faure baseert zich hier vooral op de analyse van Adams, 1989, p. 210-217. Dat het eigen schuld-verweer het slachtoffer onvoldoende aanzet tot het nemen van preventieve maatregelen wordt – zoals Faure, 2000, p. 113 noot 26 zelf al aangeeft – overigens betwist door Von Randow, 1989, p. 218-225.

265 Faure, 2000, p. 119.

266 Rechtshandhaving gaat logisch vooraf aan preventie, zie hiervoor nr. 362.

SAMENVATTING

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Hoofdstuk I: Probleemstelling, verantwoording, opzet

Het huidige Burgerlijk Wetboek maakt onderscheid tussen vermogensschade en immateriële schade (art. 6:95 BW). Centraal in dit onderzoek staat de vraag in welke gevallen naar Nederlands recht smartengeld dient te worden toegekend. Deze vraag komt neer op een uitleg van art. 6:106 lid 1 sub b BW dat bepaalt:

- “1. Voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding:
(...)
b. indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast (...)”

De probleemstelling van dit onderzoek is tegen deze achtergrond derhalve:

Wanneer is er sprake van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW?

Ter beantwoording van deze vraag is niet alleen het Nederlandse recht onderzocht, maar is tevens rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het Duitse, het Franse, het Engelse en het Amerikaanse recht. De rechtsvergelijking met de Verenigde Staten is van een andere orde dan de rechtsvergelijking met Duitsland, Frankrijk en Engeland. Zij is minder detaillistisch en heeft vooral de functie om een inspirerend contrast op te roepen met de onderzochte Europese rechtsstelsels.

Deel I van dit boek bevat de rechtsvergelijkende basis. Centraal staat een aantal gevallen waarin smartengeld wordt toegekend. In Deel II staat de functie van smartengeld centraal. Betoogd wordt dat de compensatiefunctie slechts in een beperkt aantal gevallen de toekenning van smartengeld kan verklaren. Daarom wordt voorgesteld om ter aanvulling van de compensatiefunctie de zogenaamde rechtshandavingsfunctie te erkennen.

DEEL I: GEVALLEN VAN VERGOEDING VAN IMMATERIËLE SCHADE

A. ALGEMEEN

Hoofdstuk II: Regeling van immateriële schade

Dit hoofdstuk bevat een algemeen overzicht van de wijze waarop vergoeding van immateriële schade in Duitsland, Nederland, Frankrijk en Engeland is geregeld. Het vormt een inleiding op de rest van Deel I waarin per hoofdstuk de toekenning van smartengeld in één of meer bepaalde gevallen centraal staat. Meer in het bijzonder ligt in dit hoofdstuk de nadruk op een viertal aspecten.

In de eerste plaats wordt stilgestaan bij de definitie van immateriële schade. In de tweede plaats wordt onderzoek gedaan naar het al dan niet bestaan van bijzondere regels die bepalen in welke gevallen vergoeding van immateriële schade mogelijk is. In de derde plaats wordt aandacht besteed aan de rol die persoonlijkheidsrechten

spelen bij vergoeding van immateriële schade. In de vierde plaats wordt ingegaan op de functie(s) van smartengeld. Deze komen uitgebreider in Deel II (Hoofdstuk VIII) aan de orde.

Een belangrijke conclusie van dit hoofdstuk is dat de gevallen waarin recht op smartengeld bestaat in grofweg twee hoofdgroepen uiteen vallen, namelijk gevallen waarin de benadeelde fysiek of psychisch letsel heeft geleden enerzijds en overige schendingen van persoonlijkheidsrechten anderzijds (nr. 67). Deze tweedeling vormt de basis van de onderverdeling van Deel I van dit boek in 'B. Letsel' enerzijds (Hoofdstuk III en IV) en 'C. Overige aantastingen in de persoon' anderzijds (Hoofdstuk V, VI en VII).

B. LETSEL

Hoofdstuk III: Bewustzijn als voorwaarde voor smartengeld

In dit hoofdstuk staat centraal de vraag of bewustzijn een voorwaarde is voor de toekenning van smartengeld wegens aantasting van de fysieke integriteit.

Deze vraag wordt onderzocht in relatie tot chronisch bewusteloze slachtoffers (comapatiënten) en slachtoffers die vrijwel direct overlijden ten gevolge van een ongeval. In dat laatste geval valt te onderscheiden tussen twee (immateriële) schade-posten: 1) de immateriële schade die bestaat uit het enkele feit van overlijden (pretium mortis) en 2) de schade die bestaat uit de pijn en de doodsangst die het slachtoffer voor zijn overlijden ondervindt.

De vraag of chronisch bewusteloze slachtoffers recht hebben op smartengeld wordt onderzocht naar Duits, Nederlands, Frans en Engels recht. Bij beantwoording van de vraag of slachtoffers die vrijwel direct overlijden, recht hebben op smartengeld wordt tevens het Amerikaanse recht betrokken.

Een belangrijke conclusie van dit hoofdstuk is dat de compensatiefunctie ontoereikend is voor de toekenning van smartengeld aan chronisch bewustelozen en aan slachtoffers van ongelukken die vrijwel direct overlijden (nr. 91).

Hoofdstuk IV: Shockschade

Vergoeding van shockschade vormt een specifiek onderdeel binnen de problematiek van vergoeding van psychisch letsel. Kenmerkend voor shockschade is dat iemand psychisch letsel – en daardoor vermogensschade en immateriële schade – lijdt ten gevolge van het fysieke letsel dat aan een *ander* mens of aan een zaak is overkomen. Het slachtoffer van shockschade is dus veelal *derde*.

Uit de onderzochte rechtsstelsels blijkt dat de vraag niet zozeer is of de benadeelde derde recht heeft op vergoeding van immateriële schade, maar of hij überhaupt, en zo ja onder welke voorwaarden, recht heeft op schadevergoeding. Centraal staat met andere woorden de vestiging van de aansprakelijkheid. Vergoeding van shockschade is dus veel breder dan de problematiek van vergoeding van immateriële schade. De reden voor het opnemen van een afzonderlijk hoofdstuk over shockschade is gelegen in de verbondenheid met de problematiek van vergoeding van affectieschade (zie daarover Hoofdstuk V).

In dit hoofdstuk komen bij de bespreking van het Duitse, Nederlandse en Engelse recht de volgende zeven vragen aan de orde.

- 1 Wat is de verhouding tussen shock- en affectieschade?
- 2 Hoe ernstig dient het psychisch letsel te zijn?
- 3 Welke soort gebeurtenis mag aan het psychisch letsel ten grondslag liggen?
- 4 Wie behoren er tot de kring van gerechtigden?
- 5 Wordt de eigen schuld van degene die fysiek letsel lijdt, toegerekend aan degene die als gevolg daarvan shockschade lijdt?
- 6 Bestaat recht op schadevergoeding jegens (de nalatenschap van) het directe slachtoffer indien deze volledig verantwoordelijk is voor zijn eigen overlijden?
- 7 In hoeverre wordt rekening gehouden met de psychische predispositie van degene die shockschade heeft geleden?

De belangrijkste conclusie van dit hoofdstuk is dat naar Nederlands recht vergoeding van shockschade in beginsel mogelijk is. Voor een wetswijziging is geen reden. Het feit dat affectieschade niet voor vergoeding in aanmerking komt, vormt geen obstakel (nrs. 152-158).

C. OVERIGE AANTASTINGEN IN DE PERSOON

Hoofdstuk V: Affectieschade

Mensen onderhouden affectieve banden met andere mensen (partners, familieleden en vrienden) en met zaken (bijvoorbeeld een huisdier, een huis of een bepaalde foto). Aantasting van degene of het voorwerp waarvoor de affectieve gevoelens worden gekoesterd leidt tot verdriet (affectieschade). In dit hoofdstuk staat centraal de vraag of, en zo ja in welke gevallen, affectieschade recht geeft op smartengeld. Deze vraag wordt onderzocht naar Duits, Nederlands, Frans en Engels recht.

Genoemde centrale vraag wordt door middel van de volgende subvragen uitgewerkt:

- 1 Wat is de functie van vergoeding van affectieschade?
- 2 Welke gebeurtenis geeft recht op vergoeding van affectieschade?
- 3 Wie zijn gerechtigd tot vergoeding van affectieschade?
- 4 Hoe wordt het smartengeld vastgesteld?
- 5 Dient de eigen schuld die het directe slachtoffer heeft aan zijn ongeval te worden toegerekend aan degene die vergoeding van affectieschade vordert?

Aan het einde van dit Hoofdstuk worden de contouren van een wettelijke regeling tot vergoeding van affectieschade geschetst (nrs. 217-221).

Hoofdstuk VI: Aantasting van de eer en goede naam en inbreuk op de privacy

In dit hoofdstuk staan twee vragen centraal:

- 1 in welke gevallen en onder welke voorwaarden geven aantasting van de eer en goede naam of van de privacy recht op smartengeld? en
- 2 wat is hier de functie van de toekenning van smartengeld?

In het kader van de *privacy* komen de volgende onderwerpen aan de orde:

- 1 vertekening van de persoonlijkheid;
- 2 exploitatie van de persoonlijkheid;

- 3 openbaarmaking van persoonlijke informatie;
- 4 hinder.

Bij beantwoording van de vraag naar de *functie* van smartengeld is gebruik gemaakt van analyses terzake in de literatuur en van de hoogte van de toegekende bedragen. Tevens is onderzocht of rechtspersonen recht hebben op vergoeding van immateriële schade.

Bovengenoemde kwesties zijn onderzocht naar Duits, Nederlands, Frans en Engels recht.

Een belangrijke conclusie van dit hoofdstuk is dat in een aantal gevallen de toekenning van smartengeld niet op de compensatiefunctie berust (nrs. 277 en 284).

Hoofdstuk VII: Vertraagde schadeafwikkeling door verzekeraar

In dit hoofdstuk komt de aansprakelijkheid van de verzekeraar voor onredelijke vertraging van de schadeafwikkeling aan de orde. De twee volgende vragen staan centraal:

- 1 bestaat er, en zo ja onder welke omstandigheden, een recht op smartengeld wegens de vertraagde afhandeling van een claim door de verzekeraar?
- 2 wat is de functie van smartengeld in deze gevallen?

Deze vragen zijn onderzocht naar Duits, Nederlands, Frans en Amerikaans recht.

Een belangrijke conclusie van dit hoofdstuk is dat voor Nederland de toekenning van smartengeld wegens vertraging van de afwikkeling zowel wenselijk als systematisch verdedigbaar is (nrs. 313-318).

DEEL II: FUNCTIES VAN VERGOEDING VAN IMMATERIËLE SCHADE

Hoofdstuk VIII: Functies van smartengeld

In dit hoofdstuk staat de functie van smartengeld naar Duits, Nederland, Frans en Engels recht *in het algemeen* centraal. De nadruk ligt niet op één enkel geval, maar op wat in het algemeen in de wetsgeschiedenis, de rechtspraak en met name de literatuur is opgemerkt over de functie van vergoeding van immateriële schade. Ondanks deze algemene insteek zal teruggrijpen op wat over de functie in Deel I is gezegd af en toe onvermijdelijk zijn.

Voorafgaand aan de bespreking van de functies van smartengeld wordt steeds aandacht besteed aan de functies van het schadevergoedingsrecht in het algemeen. De functies van smartengeld zijn daarin immers ingebed. Vervolgens komen de functies van smartengeld aan de orde.

Dit hoofdstuk levert met name de volgende conclusies op. In de eerste plaats wordt de stelling verdedigd dat er een spanning bestaat tussen vergoeding van immateriële schade en de primaire functies van het schadevergoedingsrecht (herstel en compensatie). Het ontstaan van de genoegdoeningsfunctie in Duitsland en Nederland kan deels als een poging worden gezien om deze spanning op te heffen (nrs. 347-348). Vervolgens zal worden betoogd dat dit niet is gelukt, de genoegdoeningsfunctie is controversieel gebleven (nrs. 351-353). Eenvoudige verwerping van de genoegdoeningsfunctie lost het probleem echter niet op, omdat men dan weer terug is bij af (nr. 355). Verder wordt geconcludeerd dat de compensatiefunctie met name in geval van schending van

persoonlijkheidsrechten (buiten fysiek en psychisch letsel) geen bevredigende grondslag biedt voor de toekenning van smartengeld. Er moet voor die gevallen derhalve naar een nieuwe (aanvullende) functie voor smartengeld worden gezocht (nr. 355).

Hoofdstuk IX: Onvolkomenheid van de compensatiefunctie

In dit hoofdstuk wordt betoogd dat de compensatiefunctie slechts in een beperkt aantal gevallen een voldoende basis vormt voor de toekenning van smartengeld. Zij volstaat alleen in geval van (blijvend) fysiek en psychisch letsel. Voor de overige gevallen dient een nieuw fundament geconstrueerd te worden.

De compensatiefunctie heeft drie zwaktes die haar als alles verklarende functie ongeschikt maakt.

1 Er wordt geen smartengeld toegekend wegens de enkele aantasting van vermogensrechten.

Aantasting van vermogensrechten geeft slechts recht op smartengeld in geval van psychisch letsel. Indien daarentegen sprake is van de schending van een persoonlijkheidsrecht, zoals bijvoorbeeld het recht op privacy, heeft de benadeelde wel recht op vergoeding van immateriële schade ook al heeft hij geen psychisch letsel. Vanuit de compensatiefunctie is dit verschil niet te rechtvaardigen. Nergens wordt immers aannemelijk gemaakt dat de frustratie die haar oorzaak vindt in de aantasting van een vermogensrecht minder of anders van aard is dan die welke het gevolg is van bijvoorbeeld een inbreuk op de privacy.

2 Het leed verdwijnt vanzelf

In veel gevallen waarin smartengeld wordt toegekend is geen sprake van blijvend fysiek of psychisch letsel. Denk aan bijvoorbeeld een inbreuk op de privacy, een aantasting van de eer en goede naam, geluidshinder en een trage afwikkeling van de schade door een verzekeraar. De benadeelde zal wellicht negatieve gevoelens onderkennen, maar deze zullen met het verstrijken van de tijd verdwijnen. Het feit dat immateriële schade althans in een aantal gevallen vanzelf teniet gaat, staat in duidelijk contrast met het principiële blijvende karakter van vermogensschade. Vergoeding van immateriële schade krachtens de compensatiefunctie is niet in overeenstemming met de eigenschap dat immateriële schade door enkel tijdsverloop verdwijnt. De compensatiefunctie veronderstelt immers dat sprake is van schade die gecompenseerd moet worden. Als in veel gevallen vaststaat dat de immateriële schade op termijn verdwijnt, is het vanuit dit perspectief niet goed te rechtvaardigen dat compensatie moet plaatsvinden.

3 Het bestaan van immateriële schade is vaak niet objectiveerbaar en derhalve niet verifieerbaar.

Buiten geval van fysiek en psychisch letsel is het praktisch onmogelijk om te bepalen of degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld daadwerkelijk heeft geleden. Het tegenovergestelde is evenmin aantoonbaar. In die gevallen wordt derhalve smartengeld toegekend, terwijl het bestaan van smart niet aantoonbaar is. Dat is in strijd met de compensatiefunctie. Schade als noodzakelijk vereiste voor de toekenning van schadevergoeding komt zo in wezen te vervallen.

Hoofdstuk X: Rechtshandhaving

In dit hoofdstuk wordt betoogd dat buiten geval van (blijvend) fysiek en psychisch letsel vergoeding van immateriële schade uitsluitend gebaseerd kan worden op de rechtshandhavingsfunctie.

In de eerste plaats wordt de inhoud van deze functie weergegeven. De rechtshandhavingsfunctie komt erop neer dat het privaatrecht in staat dient te zijn om te reageren op de inbreuk op een privaatrechtelijk recht. Rechtshandhaving is te onderscheiden van compensatie, preventie en straf.

In de tweede plaats wordt de rechtshandhavingsfunctie zoals hier begrepen, afgezet tegen de functies die daar in binnen- en buitenland (Duitsland, Frankrijk en Engeland) tegen aanliggen.

Tenslotte wordt de rechtshandhavingsfunctie in verband gebracht met het van de Oostenrijker Wilburg afkomstige 'bewegliche System' van het aansprakelijkheidsrecht.

Hoofdstuk XI: Consequenties van rechtshandhaving

In dit hoofdstuk komen de consequenties van de rechtshandhaving aan de orde.

Allereerst wordt onderzocht wat de consequenties zijn voor de *gevallen* waarin immateriële schade wordt vergoed. Daartoe worden in de eerste plaats acht gezichtspunten uitgewerkt om te bepalen of op grond van de rechtshandhavingsfunctie recht op vergoeding van immateriële schade bestaat. Vervolgens wordt ten aanzien van een aantal gevallen besproken waar toepassing van deze gezichtspunten op neerkomt. De volgende gevallen komen aan de orde:

- 1 het slachtoffer ligt in coma;
- 2 het slachtoffer overlijdt direct na het ongeval;
- 3 affectieschade;
- 4 vertraging van de schadeafwikkeling en schending van processuele rechten;
- 5 'wrongful birth';
- 6 'wrongful life';
- 7 vernietiging van in bewaring gegeven sperma;
- 8 informatieverschaffing en informatieonthouding;
- 9 inbreuk op het omgangsrecht, het informatierecht of het consultatierecht;
- 10 discriminatie;
- 11 schending van auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten.

In de tweede plaats wordt onderzocht wat de gevolgen van de rechtshandhavingsfunctie zijn voor de *hoogte* van het smartengeld.

In de derde plaats wordt onderzocht wat de gevolgen van de rechtshandhavingsfunctie zijn voor de *bijzondere regels* die het geldende recht stelt aan de vordering tot smartengeld. Bedoeld zijn de regels betreffende overgang en beslag van art. 6:106 lid 2 BW en de jurisprudentie over de verknochtheid van de vordering tot smartengeld.

Tenslotte worden de *voordelen van de rechtshandhavingsfunctie* op een rij gezet.

SUMMARY

Compensation of non-pecuniary losses resulting from violation of personality

Chapter I: Introduction and scope of research

The Dutch Civil Code (BW) distinguishes between pecuniary and non-pecuniary losses (art. 6:95 BW). The central question in this thesis is: when, according to Dutch law, should there be a right to compensation of non-pecuniary losses? The relevant article in the Civil Code, art. 6:106 par. 1 sub b BW stipulates:

“1. The victim has the right to an equitably determined reparation of harm other than patrimonial damage:

(...)

b. if the victim has suffered physical injury, injury to honour or reputation or if his person has been otherwise afflicted (...)”

The question that needs to be answered is therefore:

Under what circumstances should we conclude that a person has been afflicted in the sense of art. 6:106 par. 1 sub b BW?

In order to answer this question research was carried out to Dutch, German, French and English law. Occasionally an analysis of the law of the United States has been included. Descriptions of American law are less detailed and don't pretend to provide a complete overview of the law of the United States. The main function is to contrast American approaches with the solutions found in the aforementioned European countries.

Part I of this thesis contains the bulk of the comparative analysis. Each chapter focuses on a limited number of instances in which compensation for non-pecuniary losses is awarded. Part II centres on the function of non-pecuniary losses. It is argued that the compensatory function usually ascribed to damages for non-pecuniary losses provides only a limited theoretical basis. It is therefore proposed that the compensatory function should be complemented with what is termed here the function of vindication of rights.

PART I: CASES OF COMPENSATION OF NON-PECUNIARY LOSSES

A. INTRODUCTION

Chapter II: Rules regarding compensation of non-pecuniary losses

This chapter contains a general overview of the rules regarding compensation of non-pecuniary losses in Germany, the Netherlands, France and England. It is an introduction to the remainder of Part I. More specifically this chapter focusses on four issues.

In the first place attention is paid to the definition of non-pecuniary losses. In the second place it is examined to what extent specific statutory regulations exist that provide in which cases compensation of non-pecuniary losses is possible. In the third place the role of personality rights in relation to compensation of non-pecuniary losses

is investigated. In the fourth place the functions of compensation of non-pecuniary losses are shortly examined. A more extensive inquiry into these functions can be found in Chapter VIII.

An important conclusion of this chapter is that the cases of compensation of non-pecuniary losses can be divided into two different categories. The first category contains the cases in which the plaintiff has suffered physical or psychiatric injury. The second category contains all other cases in which the plaintiff's person has been afflicted. This division is the reason for the distinction in Part I between 'B. Physical and psychiatric injury' and 'C. Other cases of violation of personality'.

B. PHYSICAL AND PSYCHIATRIC INJURY

Chapter III: Consciousness as a prerequisite for compensation

This chapter centres on the question whether consciousness is a prerequisite for awarding damages for compensation of non-pecuniary losses.

In this chapter two cases are examined: in the first place the case of the victim who is in an irreversible coma, in the second place the case in which the victim of an accident dies almost immediately. In the latter case one can distinguish between two different losses: 1) the non-pecuniary loss that consists in the fact of death (*pretium mortis*), and 2) the non-pecuniary loss that consists in pre-death pain and suffering and fear of death.

This chapter is based on a comparative analysis of German, Dutch, French and English law. In relation to the second case examined in this chapter an analysis of American law is included.

An important conclusion of this chapter is that in the two cases examined the compensatory function does not suffice as a basis for the award of damages (no. 91).

Chapter IV: Nervous shock

The problem of liability for nervous shock forms part of the more general problem of liability for psychiatric injury. In the typical case of nervous shock the plaintiff suffers psychiatric injury – and therefore both pecuniary and non-pecuniary losses – as a result of the injury of someone else or as a result of the destruction of property. The plaintiff in a nervous shock case is therefore often a third party or indirect victim. The comparative analysis shows that the question in relation to nervous shock is whether there should be liability at all. Thus the problem of liability for nervous shock is broader than the question of liability for non-pecuniary losses. Inclusion of a chapter about nervous shock seemed inevitable since this issue is closely intertwined with the problem of compensation for bereavement damages (see Chapter V).

In this chapter the following questions are examined regarding German, Dutch and English law:

- 1 What is the relation between nervous shock and bereavement damages?
- 2 Are there requirements regarding the seriousness of the psychiatric injury?
- 3 Which occasion can give rise to compensation for nervous shock?
- 4 Who are entitled to damages?
- 5 Can negligence of the direct victim be attributed to the plaintiff?

6 Can (the estate of) the direct victim be held liable if he was entirely responsible for his own death?

7 Can the 'eggshell personality' get compensation?

The main conclusion is that Dutch law in principle allows compensation for nervous shock damages. There is no need for intervention by the legislator. The fact that bereavement damages can't be compensated is no obstacle (no. 152-158).

C. OTHER CASES OF VIOLATION OF PERSONALITY

Chapter V: Bereavement damages

This chapter centres on the question whether bereavement damages can be awarded. It is based on a comparative analysis of German, Dutch, French and English law.

The following questions are examined:

- 1 What is the function of compensation of bereavement damages?
- 2 Which occasion can give rise to compensation of bereavement damages?
- 3 Who are entitled to damages?
- 4 How are damages measured?
- 5 Can negligence of the direct victim be attributed to the plaintiff?

At the end of this chapter the contours of a statutory regulation of bereavement damages are sketched (no. 217-221).

Chapter VI: Defamation and privacy

This chapter focuses on two questions:

- 1 When do a violation of privacy and an injury to honour or reputation give rise to compensation of non-pecuniary losses? and
- 2 What is the function of compensation of non-pecuniary losses?

In the framework of violation of *privacy* the following subjects will be discussed:

- 1 Placing a person in a false light;
- 2 Appropriation of personality;
- 3 Public disclosure of true private facts;
- 4 Nuisance.

With regard to the *function* of compensation use has been made of scholarly analysis and the amount of damages awarded. It is also examined to what extent legal persons are entitled to damages.

This chapter is based on a comparative analysis of German, Dutch, French and English law.

An important conclusion is that in a number of cases the basis for awarding damages can't be found in the compensatory function of damages (no. 277 and 284).

Chapter VII: Unreasonable delays in the settlement of a claim by the insurer

This chapter centres on the liability of insurers for unreasonable delays in the settlement of a claim. Two questions are examined:

- 1 Under what circumstances are insurers liable for non-pecuniary losses?
- 2 What is the function of compensation of non-pecuniary losses?

This chapter is based on a comparative analysis of German, Dutch, French and American law.

An important conclusion is that in the Netherlands compensation for non-pecuniary losses in this case is both desirable and systematically tenable.

PART II: FUNCTIONS OF COMPENSATION OF NON-PECUNIARY LOSSES

Chapter VIII: Functions of compensation of non-pecuniary losses; a comparative analysis

This chapter centres on the function of compensation of non-pecuniary losses *in general* in German, Dutch, French and English law. Sometimes, however, it will be necessary to refer back to cases earlier discussed in Part I.

Before examining the functions of compensation of non-pecuniary losses, attention is paid to the function of the law of damages in general. The reason for this is that the functions of compensation of non-pecuniary losses are embedded in the law of damages as such.

This chapter leads to the following conclusions. In the first place it is argued that there is a fundamental tension between compensation of non-pecuniary losses and the primary functions of the law of damages (compensation and *restitutio in integrum*). The development of the 'Genugtuungsfunktion' and the 'genoegdoeningsfunctie' in Germany and the Netherlands respectively can only be understood against that background (no. 347-348). It is argued that this new function has always remained controversial and has therefore been of no use in removing this tension (no. 351-353). Rejection of this function brings no solution since one is then back at square one (no. 355). Another conclusion is that the compensatory function provides no satisfactory theoretical basis for damages outside the realm of physical or psychiatric injury. Another complementary function needs therefore to be found (no. 355).

Chapter IX: Weaknesses of the compensatory function

In this chapter the weaknesses of the compensatory function are further explored. They can be summed up as follows.

1 The sole violation of a property right does not entitle the owner to compensation of non-pecuniary damages.

The violation of a property right only gives rise to compensation for emotional distress if the plaintiff can prove a psychiatric injury. However, when a personality right, such as the right to privacy, is violated the plaintiff can get compensation for emotional distress without having to prove psychiatric injury. From the perspective of the compensatory function this can't be justified. There is no proof that the emotional distress resulting from the violation of a property right is less intensive than the emotional distress that results from the violation of a personality right.

2 Emotional distress disappears as times goes by.

In many cases in which compensation is awarded there is no evidence of permanent physical or psychiatric injury. Examples are a violation of privacy, an injury to honour or reputation, nuisance and delay in the settlement of a claim. The plaintiff possibly

experiences negative emotions, but these will disappear with the passage of time. This is in strong contrast with the permanent character of pecuniary losses. The fact that emotional distress heals by itself as time goes by, means that the compensatory function doesn't provide a basis for the award of damages. There is nothing that needs compensation.

3 In many cases the existence of emotional distress can't be subjected to objective proof and therefore can't be verified.

With the exception of physical and psychiatric injury in most cases there is no proof that the plaintiff suffered emotional distress. What is more, proof of emotional distress is simply impossible. When damages are awarded where there is no proof of loss, the existence of such a loss becomes fictitious. The practice of awarding damages in the absence of provable emotional distress is contrary to the compensatory function of the law of damages.

Chapter X: The function of vindication of rights

In this chapter it is argued that except in cases of (permanent) physical and psychiatric injury compensation of emotional distress needs to be based upon the function of vindication of rights.

The chapter begins with a description of this function. Vindication of rights means that a reaction under private law should be possible when rights deriving from it are violated. Vindication of rights is distinguished from compensation, prevention and punishment.

Subsequently the function of vindication of rights is compared with similar functions in Dutch, German, French and English law.

Finally the function of vindication of rights is analysed from the perspective of the 'flexible system' of the Austrian scholar Wilburg.

Chapter XI: Consequences of the function of vindication of rights

In this chapter the consequences of the function of vindication of rights are investigated.

Firstly it is examined what the consequences are for the cases in which compensation for non-pecuniary losses is allowed. From the function of vindication of rights eight relevant factors are deduced that can help the court to decide whether or not to award damages on the basis of the function of vindication of rights. Subsequently the eight factors are applied to the following cases:

- 1 unconscious victims;
- 2 plaintiff dies immediately after the accident;
- 3 bereavement damages;
- 4 delayed settlement of claims and violations of procedural rights;
- 5 wrongful birth;
- 6 wrongful life;
- 7 destruction of sperm;
- 8 supply and refusal of information;
- 9 violation of visitation rights and parental rights to be informed and consulted;
- 10 discrimination;
- 11 violation of moral rights of an author.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Secondly the consequences for the amount of damages of the function of vindication of rights are investigated.

Thirdly the consequences of the function of vindication of rights are examined with regard to certain special rules. The relevant rules are the limitations following from art. 6:106 par. 2 BW with regard to transference and seizure and the case law of the Dutch Supreme Court concerning the marital community of goods.

Finally, the advantages of the function of vindication of rights over the function of compensation are listed (no. 419).

LITERATUUR

Boeken en artikelen

Abraham, 1995

K.S. Abraham, *Insurance law and regulation: cases and materials*, Westbury 1995.

Van Acht, 1990

R.J.J. van Acht, *Burenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer 1990.

Acquarone, D. 1985

D. Acquarone, *L'ambiguïté du droit à image*, D. 1985, chron. p. 129-136.

Adams, 1989

M. Adams, *Warum kein Ersatz von Nichtvermögensschaden?*, in: C. Ott, H.-B. Schäfer, *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin 1989.

Agostinelli, 1994

X. Agostinelli, *Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée*, Aix-en-Provence 1994.

Akkermans, 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer 1997.

Akkermans, 2000

A.J. Akkermans, *Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid*, in: A.J. Akkermans, M. Faure, T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000.

Akkermans, Bax en Verhey, 1999

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax en L.F.M. Verhey, *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer 1999.

Anderson, 1999

D.A. Anderson, *An American Perspective*, in: B.S. Markesinis, S.F. Deakin, *Tort Law*, Oxford: 1999, p. 662-679.

Anderson, Child and Family LQ 1998

I. Anderson, *Hunter and Others v Canary Wharf Ltd. The tort of nuisance – not for women or children?*, Child and Family LQ 1998, p. 201-210.

Andrews, Murphy, Munday, Littlewood, 313 BMJ 13 (1996)

K. Andrews, L. Murphy, R. Munday, C. Littlewood, *Misdiagnosis of the vegetative state: retrospective study in a rehabilitation unit*, 313 British Medical Journal 13 (1996).

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Appel, 57 ALR 4th 801 (1999)

W.J. Appel, Emotional or mental distress as element of damages for liability insurer's wrongful refusal to settle, 57 ALR 4th 801 (1999).

Appel, 62 ALR 4th 1113 (1999)

W.J. Appel, Liability insurance: third party's right of action for insurer's bad-faith tactics designed to delay payment of claim, 62 ALR 4th 1113 (1999).

Asser-De Boer, 1998

J. de Boer, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 1. Personen- en familierecht, Deventer 1998.

Asser-Van der Grinten 2-II, 1986

W.C.L. van der Grinten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 2. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon, Zwolle 1986.

Asser-Hartkamp 4-I, 2000

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 4. Verbintenissenrecht. Deel I. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, Zwolle 2000.

Asser-Hartkamp 4-II, 2000

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, Zwolle 2000.

Asser-Hartkamp 4-III, 1998

A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet, Zwolle 1998.

Asser-Scholten, 1940

P. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Eerste Deel – Personenrecht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Zwolle 1940.

Atiyah, 1987

P.S. Atiyah, Pragmatism and theory in English law, London 1987.

Aubel, 1968

C.P. Aubel, Persoon en pers (diss. Nijmegen), Deventer 1968.

Barendrecht/Storm, 1995

J.M. Barendrecht en H.M. Storm e.a., Berekening van schadevergoeding, Zwolle 1995.

- Barrot, 1988
R. Barrot, *Le dommage corporel et sa compensation*, Paris 1988.
- Bauw, Van Dijk, Frenk, Grijpink, Lankhorst, Salomons, Van der Velden, 1999
E. Bauw, F. van Dijk, N. Frenk, J. Grijpink, G. Lankhorst, F. Salomons, F. van der Velden, *Naar een claimcultuur in Nederland? Werkgroep Claimcultuur*. Ministerie van Justitie 1999.
- De Beaufort, 1909
H.L. de Beaufort, *Auteursrecht* (diss. Utrecht), Utrecht 1909.
- Bénabent, 1999
A. Bénabent, *Droit civil. Les obligations*, Paris 1999.
- Bergamin, 1995
R.J.B. Bergamin, *Rechten jegens de overheid. Het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten* (diss. UvA), Nijmegen 1995.
- Bergamin, 2000
R.J.B. Bergamin, *De persoon in het recht*, Nijmegen 2000.
- Van den Beuken, SR 1992
A.M.P.C. van den Beuken, *Vergoeding van immateriële schade: is art. 1637w BW overbodig?*, SR 1992, p. 8-12.
- Biesheuvel, Dijkstra, Hammerstein, Huydecoper, Kerkmeester, Van de Laar, Van der Vlis en Swaab, NJB 1999
M.B.W. Biesheuvel, M. Dijkstra, A. Hammerstein, J.L.R.A. Huydecoper, H.O. Kerkmeester, J.M. van de Laar, E.J.C. van der Vlis en E.H. Swaab, *No cure no pay en quota pars litis in discussie*, NJB 1999, p. 295-304.
- Biesheuvel, 1986
M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1986.
- Blaauw, 1988
Blaauw, *De verstraffing van ons privaatrecht: 150 jaar sanctionering van rechtsplichten*, in: M.S. Bijleveld (red.), *Recht Vooruit. Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer 1988, p. 1-13.
- Bles II, 1908
A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, Deel II*, 's-Gravenhage 1908.
- Bloembergen, Bijlage bij Advocatenblad 15-10-1952
A.R. Bloembergen, *Omvang der schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad*, Bijlage bij Advocatenblad 15-10-1952, p. 36-54.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Bloembergen, 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer 1965.

Bloembergen, 1981

A.R. Bloembergen, in: A. Tunc (red.), *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Paris 1981, p. 197-203.

Bloembergen, 1982

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer 1982.

Blok, AA 2001

P. Blok, *De splitsing van de privacy. Advies over het grondrecht op privacy in het digitale tijdperk*, AA 2001, p. 435-439.

Blok en Vedder, 2000

P. Blok en A. Vedder, *Privacy in ontwikkeling*, in: J.E.J. Prins en J.M.A. Berkvens (red.), *Privacyregulering in theorie en praktijk*, Deventer 2000, p. 5-31.

Bloustein, 39 NYULR 962 (1964)

E.J. Bloustein, *Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser*, 39 NYULR 962-1007 (1964).

De Bock, Mediaforum 1996

R. de Bock, *Hoge Raad over perspublicaties: van belangenafweging naar grondrechtenbotsing*, Mediaforum 1996, p. 56-60.

De Boer, NJB 1984

J. de Boer, *Omgang als mensenrecht II. Omgangsrecht van anderen dan de van echt of tafel en bed gescheiden ouders*, NJB 1984, p. 409-417.

Du Bois, Auteursrecht 1984

R. du Bois, *Over enkele aspecten van het morele recht van de auteur*, Auteursrecht 1984, p. 56-58.

Bolt, 1992

A.T. Bolt, *Loterij of rechtspraak? Een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse recht inzake schadevergoeding bij letsel en overlijden*, Deventer 1992.

Bolt en Lensing, 1993

A.T. Bolt en J.A.W. Lensing, *Privaatrechtelijke boete, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer 1993.

Bolt, 1994

A.T. Bolt, *Shockschade*, in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp, W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB (Brunner-bundel)*, Deventer, 1994, p. 9-20.

Van Boom, A&V 1997

W.H. van Boom, Overheidsaansprakelijkheid. Schadevergoeding ex art. 35 Wet Bopz. Begroting van immateriële schade, A&V 1997, p. 46-47.

Van Boom, A&V 1999

W.H. van Boom, Van verplaatste schade en opgeofferde vrije tijd. Enige opmerkingen, naar aanleiding van HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, nt. ARB over vergoeding en berekening van verplaatste schade bij letsel, A&V 1999, p. 85-93.

Van Boom, NJB 2001

W.H. van Boom, Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht, NJB 2001, p. 1301-1302.

Van Boom, AV&S 2001

Van Boom, Troostgeld voor naasten? Een ruimere blik is noodzakelijk, AV&S 2001, p. 95-98.

Bötticher, AcP 1959/1960

E. Bötticher, Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzenden Privatrechtsnorm, AcP 1959/1960, p. 385-409.

Bötticher, DJT 1965, Referat C12

E. Bötticher, Verhandlungen des Fünfundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Referat C12, München/Berlin 1965.

Boukema, NJB 1979

H.J.M. Boukema, Pleidooi voor de president, NJB 1979, p. 847-851.

Bouma, VR 1995

H.Th. Bouma, Psychische schade, smartengeld en verplichtingen tot schadebeperking, VR 1995, p. 207-210.

Bouman, Tilanus-van Wassenauer, 1998

H.A. Bouman, G.M. Tilanus-van Wassenauer, Schadevergoeding: personenschade, Deventer 1998.

Bourrié-Quenillet, 1983

M. Bourrié-Quenillet, L'indemnisation des proches d'une victime décédée accidentellement, Montpellier 1983.

Bourrié-Quenillet, JCP 1998

M. Bourrié-Quenillet, Le préjudice moral des proches d'une victime blessé, JCP 1998, I, doc. p. 2205-2210.

Braschos, 1979

Braschos, Der Ersatz immaterieller Schaden im Vertragsrecht, Köln 1979.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

De Brauw, 1965

P.J.W. de Brauw, Behoort de wetgever regelen te treffen ter bescherming van de individu tegen het doen, het gebruiken en het openbaarmaken van waarnemingen, diens persoonlijke levenssfeer betreffende?, Preadvies NJV, Zwolle 1965.

Broekhuijsen, de Winter, AA 1995

J. Broekhuijsen, R. de Winter, Verboden affectie, AA 1995, p. 921.

Broekhuijsen-Molenaar, 1995

Recht op sperma en aansprakelijkheid. Enige rechtsvergelijkende opmerkingen naar Duits recht, in: P.H.M. Gerver, J.G. Kuijl, A.J.H. Pleysier, R.T.G. Verstraten (red.), Heden verschenen voor mij... Liber Amicorum prof. mr. A.L.M. Soons, Arnhem 1995, p. 161-166.

Brunner, VR 1981

C.J.H. Brunner, Causaliteit en toerekening van schade, VR 1981, p. 210-217 en 233-236.

Brunner, RMTh 2000

C.J.H. Brunner, bespreking van S.D. Lindenbergh, Smartengeld, Leiden 1998, RMTh 2000, p. 379-381.

Bunjes, VR 1999

H.J. Bunjes, Shockschade – een experiment, VR 1999, p. 294-296.

Bunschoten, Tijdschrift voor Bestuurwetenschappen en publiekrecht 1987

D.E. Bunschoten, Roddelpers uitingsvrijheid of smartegeld, Tijdschrift voor Bestuurwetenschappen en publiekrecht 1987, p. 671-674.

Burkens, 1989

M.C.B. Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands recht, Zwolle 1989.

Bussfeld, 1978

K. Bussfeld, Zum Materiellen Charakter des Immateriellen, Düsseldorf 1978.

Bydlinski, 1964

F. Bydlinski, Probleme der Schadenverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964.

Bydlinski, 1982

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982.

Bydlinski, Krejci, Schilcher, Steininger, 1986

F. Bydlinski, H. Krejci, B. Schilcher, V. Steininger, Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Springer-Verlag Wien, 1986.

- Bydlinski, 1996
F. Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien 1996.
- Cadiet, 1983
L. Cadiet, *Le préjudice d'agrement*, Poitiers 1983.
- Canaris, 1983
C. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1983.
- Cane, 1997
P. Cane, *The anatomy of tort law*, Oxford 1997.
- Carter-Ruck, 1997
P.F. Carter-Ruck, H.N.A. Starte, *Carter-Ruck on libel and slander*, London 1997.
- Carval, 1995
S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris, 1995.
- Catala, 1999
P. Catala, *Le contentieux de l'indemnisation. Critères d'évaluation – montants attribués*, Paris 1999.
- Chamallas, Kerber, 88 Mich.L.Rev. 814 (1990)
M.Chamallas, L.K. Kerber, *Women, mothers, and the law of fright: a history*, 88 Mich.L.Rev. 814-864 (1990).
- Chao-Duivis, NJB 1990
M.A.B. Chao-Duivis, *Vergelding als schadevergoeding*, NJB 1990, 513-520.
- Chao-Duivis, 1993
M.A.B. Chao-Duivis, *Enkele opmerkingen over de mogelijkheid en wenselijkheid om 'punitive damages' te vorderen in het Nederlandse recht. Nogmaals: vergelding als schadevergoeding*, Groninger opmerkingen en mededelingen 1993, p. 1-28.
- Chao-Duivis, 1994
M.A.B. Chao-Duivis, *Punitive damages en eigen schuld*, in: A.A.M. Mathijssse (red.), *Het nieuw burgerlijk wetboek en vrouwen*, Amsterdam 1994, p. 60-86.
- Chin-A-Fat, 1998
B.E.S. Chin-A-Fat, *Omgangsbegeleiding: een inventarisatie*, Amsterdam 1998.
- Chin-A-Fat, 1999
B.E.S. Chin-A-Fat, *Effectuering van omgang in rechtsvergelijkend perspectief*, Amsterdam 1999.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Chitty, 1999

H.G. Beale, Chitty on contracts, London 1999.

Collins, 59 J. Air L. & Com. 411 (1993/1994)

L.A. Collins, Pre-and post-impact pain and suffering and mental anguish in aviation accidents, 59 J. Air L. & Com. 411-447 (1993/1994).

Conte/Maistre du Chambon, 2000

Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, La responsabilité civile délictuelle, Grenoble 2000.

Cornish, 1996

W.R. Cornish, Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights, London 1996.

Cornu, 1999

G. Cornu, Droit civil. Introduction, les personnes, les biens, Paris 1999.

Corstens, NJV 1984

G.J.M. Corstens, Civielrechtelijke, administratiefrechtelijke of strafrechtelijke handhaving? Preadvies NJV, Zwolle 1984.

Couch 1999

L.R. Russ, T.F. Segalla, Couch on insurance, West Group 1999.

Croley and Hanson, Harv. LR 1995

S. Croley and J. Hanson, The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain- and – suffering Damages in Tort law, Harv. LR 1995, p. 1785-1917.

Cunningham, 79 Wash. U.L.Q. 935 (1992)

E.A. Cunningham, Negligent infliction of emotional distress in air crash cases: a new flight path?, 79 Wash. U.L.Q. 935-957 (1992).

Van Dam, 1989

C.C. van Dam, Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid (diss. Utrecht), Deventer, 1989.

Van Dam, 1991

C.C. van Dam, De vererving van de smartegeldvordering: op het raakvlak van aansprakelijkheidsrecht en erfrecht (art. 6:106 lid 2 NBW), in: Liber Amicorum NBW (De Die-bundel), p. 87-91, Arnhem 1991.

Van Dam, TvC 1991

C.C. van Dam, Smartegeld in Europees perspectief: het verdriet van Europa, TvC 1991, p. 92-107.

- Van Dam, 1994
C.C. van Dam, Politieke infiltratie in het privaatrecht, Deventer 1994.
- Van Dam, NVvR 1994
C.C. van Dam, interventie op de vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking van 22 december 1993, gebundeld in: De normering van het informatieve onderzoek in constitutioneel perspectief, Deventer 1994, p. 63-64.
- Van Dam, 2000
C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Deventer 2000.
- Van Dam, VR 2000
C.C. van Dam, Emotioneel belang en affectieschade. De onhoudbaarheid van het Jeffrey-arrest (HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853, VR 2000, 37), VR 2000, p. 73-75.
- Van Dam, VR 2001
Van Dam, De ouders van Joost, VR 2001, p. 1-8.
- Deurvorst, 1995
T.E. Deurvorst, Smartegeld bij krenkende berichtgeving. Beschouwingen over Nederlands, Duits en Engels recht, in: F.W. Grosheide, K. Boele-Woelki (red.), Europees Privaatrecht, Lelystad 1995.
- Deurvorst, NTBR 1996
T.E. Deurvorst, Abstracte schadeberekening en de expansie van de aanspraak op schadevergoeding, NTBR 1996, p. 37-41.
- Deurvorst, Schadevergoeding (losbladige), Art.106
T.E. Deurvorst, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, aantekeningen bij artikel 6:106 BW, Deventer.
- Deutsch, JuS 1969
E. Deutsch, Schmerzensgeld und Genugtuung, JuS 1969, p. 197-204.
- Deutsch, JZ 1971
E. Deutsch, Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, p. 244-248.
- Deutsch, 1976
E. Deutsch, Haftungsrecht. Erster band: Allgemeine Lehren, Köln 1976.
- Deutsch, NJW 1993
E. Deutsch, NJW 1993, p. 784 (annotatie bij BGH 13-1-1991/1992, NJW 1993, p. 781).
- Deutsch, 1995
E. Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, Köln 1995.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Deutsch, 1996

E. Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Köln 1996.

Diamond, 64 Marquette LR 426 (1981)

T.A. Diamond, The tort of bad faith breach of contract: when, if at all, should it be extended beyond insurance transactions?, 64 Marquette LR 426-454 (1981).

Dobbyn, 1996

J.F. Dobbyn, Insurance Law, St. Paul 1996.

Dommering, 1982

E.J. Dommering, Algemene belangen in het burgerlijk recht, Deventer 1982.

Dommering-van Rongen, TvC 1996

L. Dommering-van Rongen, bespreking van Rb Amsterdam 5 juli 1995, NJkort 1995, 35, TvC 1996, p. 130-138.

Dommering-van Rongen, Vrb 2000

L. Dommering-van Rongen, Ansprakelijkheidsverzekering: beroep op verjaring (30 jaar) soms ook onredelijk, Vrb 2000, p. 49-52.

Dondorp en Hallebeek, 1998

J.H. Dondorp en J. Hallebeek, Schuld en boete: enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad, Amsterdam 1998.

Van Dort, NJB 1999

R.M.J.T. van Dort, 'No cure no pay': een reële optie, NJB 1999, p. 602-603.

Van Dort en Schirmeister, Rechtshulp 1999, nr. 2

R.M.J.T. van Dort en F.C. Schirmeister, Honorering en kwaliteit van rechtsbijstand: 'No cure no pay' of 'by the hour'?, Rechtshulp 1999, nr. 2.

Douwes, NTBR 2000

L.M.V. Douwes, Geen financieel belang, geen actie?, NTBR 2000, p. 223-230.

Drion, 1955

H. Drion, Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, Rotterdam 1955.

Drucker, RM 1889

H.L. Drucker, Bescherming van rechten die niet op geld waardebaar zijn, RM 1889, p. 1-21, 369-411 en RM 1890, 176-242.

Duffy, 74 Boston ULR 387 (1994).

D.P. Duffy, Intentional infliction of emotional distress and employment at will: the case against "tortification" of labor land employment law, 74 Boston ULR 387-427 (1994).

Duijvendijk-Brand, 1990

J. van Duijvendijk-Brand, Afrekenen bij (echt)scheiding (diss. Leiden), Deventer 1990.

Van Dunné, 1995

J. van Dunné, Psychisch letsel als vorm van schade, in: Bijzonder letsel. Aansprakelijkheid voor psychisch letsel en psycho-somatische gevolgen van letsel, Lelystad 1995, p. 51-67.

Van Dunné, 1997

J. van Dunné, Verbintenissenrecht Deel 2, Onrechtmatige daad overige verbintenissen, Deventer 1997.

Dupichot, 1969

J. Dupichot, Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, Paris 1969.

Dürr, 1989

H. Dürr, Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung? 20. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1982, in: K. Kuntz, Schmerzensgeld. Sammlung von Entscheidungen, Neuwied/Frankfurt 1989, p. 41-44.

Eggens, 1998

J. Eggens, Over het fingeren van ficties, in: Eggens-bundel. Een selectie uit het werk van Jannes Eggens, bezorgd door H.C.F. Schoordijk en J.M. Smits, Overveem 1998, p. 440-454.

Eickhoff, 1957

R. Eickhoff, Die Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs als Sonderform des Anspruchs auf Wiedergutmachung, Hamburg 1957.

Elders, 1986

J.L.M. Elders, Burgerlijk recht en grondrechten, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1986.

Elsen, 1995

M.A. Elsen, Compensatie of preventie? Punitive damages, Rechtshulp 1995, p. 7-12.

Elsen, 1997

M.A. Elsen, Kan de immateriële schadevergoeding op grond van artikel 6:106 BW dienen als aanknopingspunt voor de Amerikaanse punitive damages?, in: A.L. Mohr, F.H.J. Mijnsen & R.H. Stutterheim (red.), Cahen-bundel, 1997, p. 93-107.

Van Emmerik, 1997

M.L. van Emmerik, Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraak onder EVRM vergeleken met die in Nederland (diss. Leiden), Leiden 1997.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Emmering, NJB 1967

E. Emmering, *Smartegeld*, NJB 1967, p. 1179-1183.

Esmein, D. 1954, chron.

P. Esmein, *La commercialisation du dommage moral*, D. 1954, chron. p. 113-116.

Esser, 1971

J. Esser, *Schuldrecht, Band II: Besonderer Teil*, Karlsruhe 1971.

Esser-Weyers, 1991

J. Esser, H.-L. Weyers, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil*, Heidelberg 1991.

Eykman, WPNR 5572 (1981)

L.G. Eykman, *Smart en geld*, WPNR 5572 (1981), p. 461-465.

Faure, 2000

M. Faure, *Vergoeding van immateriële schade vanuit rechtseconomisch perspectief*, in: P. Kottenhagen-Edzes, *Immateriële schade: tendensen en wensen*, Antwerpen – Groningen 2000.

Fenwick and Phillipson, CLJ 1996

H. Fenwick and G. Phillipson, *Confidence and privacy: a re-examination*, CLJ 1996, p. 447-455.

Finaly, NJCM 1991

R.A.R.S. Finaly, *Grondrechtsbescherming van rechtspersonen*, NJCM 1991, p. 105-120.

Fleming, 1988

J.G. Fleming, *The American Tort Process*, Oxford 1988.

Fleming, 1998

J.G. Fleming, *The law of torts*, Sydney 1998.

Fransen van de Putte, Vrb 1998

A.S. Fransen van de Putte, *Smartengeld als affectieschade voor de ouders van baby Joost blijkt ontsporing*, Vrb 1998, p. 121-122.

Freund, 1983

S. Freund, *Das Persönlichkeitsrecht des Unworbene(n). Ein bürgerlich-rechtlicher Beitrag um Verbraucherschutz unter Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts*, München 1983.

Gaillard, D. 1984

E. Gaillard, *La double nature du droit à image et ses conséquences en droit positif français*, D. 1984, chron. p. 161-164.

Gerbrandy, 1946

S. Gerbrandy, *Industrieel eigendom en subjectief recht*, Zwolle 1946.

Gerbrandy, NJB 1964

S. Gerbrandy, *Het persoonlijkheidsrecht van de auteur*, NJB 1964, p. 989-998.

Gerbrandy, 1970

S. Gerbrandy, *De persoon en het recht*, in: J.A. Ankum, G.C.J.J. van den Bergh, H.C.F. Schoordijk (red.), *Plus est en vous (Pitlo-bundel)*, Haarlem 1970, p. 209-232.

Gerbrandy, 1988

S. Gerbrandy, *Kort commentaar op de Auteurswet 1912*, Arnhem 1988.

Gielen, Verkade Tekst & Commentaar, 1998

Ch. Gielen, D.W.F. Verkade, *Intellectuele eigendom, Tekst & Commentaar*, Deventer 1998.

Gierke, 1895 I

O. Gierke, *Deutsches Privatrecht. Erster Band. Allgemeiner Teil und Personenrecht*, Leipzig 1895.

Giesen, JZ 1993

D. Giesen, JZ 1993, p. 519-521 (annotatie bij BGH 13-10-1992).

Giesen, AA 1996

I. Giesen, *Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!*, AA 1996, p. 534-542.

Giesen, 1999

I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer 1999.

Giesen, 2001

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tiburg), 's-Gravenhage 2001.

Givelber, 82 Colum LR 42 (1982)

D. Givelber, *The right to minimum social decency and the limits of evenhandedness: intentional infliction of emotional distress by outrageous conduct*, 82 Colum LR 42-75 (1982).

Gontard, DAR 1990

A. Gontard, *Schmerzensgeld für Angehörige*, DAR 1990, p. 375-379.

Götting, 1995

H.-P. Götting, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Gottwald, 1996

S. Gottwald, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein zeitgeschichtliches Erklärungsmodell, Berlin 1996.

Goubeaux, 1989,

G. Goubeaux, Traité de droit civil. Les personnes, Paris 1989.

De Graaf, 1977

F. de Graaf, Rechtsbescherming van persoonlijkheid, privéleven, persoonsgegevens (diss. Utrecht), Alphen aan de Rijn 1977.

Greebe, 1935

J.J.A.F. Greebe, Eenige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet-nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad (diss. UvA), Amsterdam 1935.

Groenhuijsen, 1986

M.S. Groenhuijsen, Het publiekrechtelijke karakter van het materiële strafrecht, in: Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem 1986, p. 103-123.

Gromb, Gaz. Pal. 1991

S. Gromb, De la conscience dans les rapports végétatifs et de l'indemnisation, Gaz. Pal. 1991, 326 e.v.

De Groot, VR 1980

G.R.J. de Groot, Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening, VR 1980, p. 49-58.

Grunsky, JZ 1997

W. Grunsky, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schadenersatzrecht seit 1992 – Teil 2, JZ 1997, p. 833.

Guidoni, 1977

M. Guidoni, Le préjudice esthétique, Paris 1977.

Guldix en Wylleman, TVPr 1999

E. Guldix en A. Wylleman, De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht, TVPr 1999, p. 1589-1657.

Hacks, NJW 1975

S. Hacks, Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen, NJW 1975, p. 1450-1452.

Hacks/Ring/Böhm, 1999

S. Hacks, A. Ring, P. Böhm, Schmerzensgeld Beträge, München 1999.

- Halpin, TLR 1996
A. Halpin, Law, libel and the English Court of Appeal, TLR 1996, p. 139-160.
- Handford, 8 Anglo Am LR 8 (1979)
P.R. Handford, Intentional infliction of emotional distress: analysis of the growth of a tort, 8 Anglo Am LR 8-10 (1979).
- Handford, 16 UWALR 31 (1985)
P.R. Handford, Wilkinson v Downton and acts calculated to cause physical harm, 16 UWALR 31-63 (1985).
- Hartkamp, 1982
A.S. Hartkamp, Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Deventer 1982.
- Hartlief, 1997
T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade, Deventer 1997.
- Hartlief, Vrb 1997
T. Hartlief, De Hoge Raad erkent wrongful birth-actie, Vrb 1997, p. 31-35.
- Hartlief, AA 2000
T. Hartlief, Baby Joost en het verdriet van Nederland, AA 2000, p. 863-873.
- Hartlief en Faure, NJB 1999
Hartlief en Faure, Het kabinet en de claimcultuur, NJB 1999, p. 2002-2015.
- Hartlief en Van Maanen, Kwart. NBW 1990
T. Hartlief en G.E. van Maanen, Causaal verband en persoonlijkheidsstructuur, Kwart. NBW 1990, p. 28-30.
- Hartlief en Tjittes, NJB 1997
T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Kroniek van het vermogensrecht, NJB 1997, p. 414-420.
- Hartlief en Tjittes, Schadevergoeding (losbladige), Art. 95
T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, aantekeningen bij artikel 6:95, Deventer.
- Hauser, RTD 1997
J. Hauser, Personnes et droits de la famille. Droits de la personnalité. La protection de la vie privée: conditions et sanctions, RTD 1997, p. 632-633.
- Van der Heijden, NJB 2001
E.M. van der Heijden, Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker, NJB 2001, p. 1749-1756.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Hijma, AA 1997

J. Hijma, 'Wrongful birth', AA 1997, p. 431-438.

Hill, 32 U. of Louisville J. of Fam. L 657 (1994)

W.L. Hill, Notes: Tort recovery for intentional interference with visitation rights: a necessary alternative, 32 U. of Louisville J. of Fam. L 657-673 (1994).

Von Hippel, NJW 1965

E. von Hippel, Haftung für Schockschäden Dritter, NJW 1965, p. 1890-1894.

Hirsch, 1969

H.J. Hirsch, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, in: P. Bockelmann, A. Kaufmann, U. Klug, Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1969.

Hofmann-Drion-Wiersma, 1959

L.C. Hofmann, Het Nederlands verbintenissenrecht, tweede gedeelte, door H. Drion en K. Wiersma, Groningen 1959

Hol, AA 1996

A.M. Hol, Wrongful life (beantwoording rechtsvraag eerstejaars), AA 1996, p. 273-277.

Holmes, 65 Cornell LR 330 (1980)

E.M. Holmes, Is there life after Gilmore's death of contract? — Inductions from a study of commercial good faith in first-party insurance contracts, 65 Cornell LR 330-389 (1980).

Holzhauer, RMTh 1986

R.W. Holzhauer, Psychische schade in het aansprakelijkheidsrecht, RMTh 1986, p. 4-29.

Honsell, VersR 1974

H. Honsell, Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR 1974, p. 205-207.

Houwing, 1939

Ph.A.N. Houwing, Subjectief recht, rechtssubject, rechtspersoon, Zwolle 1939.

Huber, DAR 2000

Huber, DAR 2000, p. 20-31

Huber, NZV 1998

C. Huber, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma — eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben? NZV 1998, p. 345-354.

Hubmann, 1967

H. Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln 1967.

Hugueney, 1904

L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Dijon 1904.

Hulsman, 1965

L.H.C. Hulsman, *Handhaving van het recht*, Deventer 1965.

Hylton and Goldson, CLJ 1996

B.St.M. Hylton and P. Goldson, *The new tort of appropriation of personality: protecting Bob Marley's face*, CLJ 1996, p. 56-64.

Jaeger, VersR 1996

L. Jaeger, *Höhe des Schmerzensgeldes bei tödlichen Verletzungen im Lichte der neueren Rechtsprechung des BGH*, VersR 1996, p. 1177-1186.

Jahr, AcP 1983

Jahr, *Schadenersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsguterschutzes*, AcP 1983, p. 725-794.

Jansen, *Onrechtmatige daad I* (losbladige), Art. 162

H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad I* (losbladige), Art. 162,

Jansen, 2000

C.J.H. Jansen, *Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer. Een korte beschouwing naar aanleiding van White v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, in: S.C.J.J. Kortmann et al (red.), *Yin – Yang* (Van Mourik-bundel), Deventer 2000, p. 101-108.

Janssens, ERPL 1998

M. Janssens, *Nervous shock liability: a comparative study of the law governing the principles of nervous shock in England, The Netherlands, Germany and France*, ERPL 1998, p. 77-103.

Jones, 1998

M.A. Jones, *Textbook on torts*, London 1998.

Jongbloed, 1991

A.W. Jongbloed, *De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht*, Lelystad 1991.

Jourdain, RTD 1989

P. Jourdain, *Conditions de la responsabilité, Le préjudice des grands handicapés et l'incidence de leur état d'inconscience*, RTD 1989, p. 324-326.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Jourdain, RTD 1995

P. Jourdain, Obligations et contracts spéciaux, État végétatif: la deuxième chambre civile lève l'ambiguïté et se raillie à la position de la chambre criminelle, RTD 1995, p. 629-631.

Jourdain, 1998

P. Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Paris 1998.

Joustra, Bb 1999

C.A. Joustra, Letselschade: vergoeding van vakantiedagen en verpleging, Bb 1999, p. 198-201.

Kadner, ZeuP 1996

T. Kadner, Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZeuP 1996, p. 135-153.

Kayser, RTD 1971

P. Kayser, Les droits de la personnalité aspects théoriques et pratiques, RTD 1971, p. 445-509.

Kayser, 1995

P. Kayser, La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée, Paris 1995.

Kayser, D. 1995

P. Kayser, L'image des biens, D. 1995, chron. p. 291-298.

Keeton and Widiss, 1988

R.E. Keeton and A.I. Widiss, Insurance Law. A guide to fundamental principles, legal doctrines and commercial practices, St. Paul 1988.

Keller, 9 Cardozo LR 1663 (1988)

S.E. Keller, Does the roof have to cave in?: the landlord/tenant power relationship and the intentional infliction of emotional distress, 9 Cardozo LR 1663-1698 (1988).

Kerkmeester, VR 1999

H.O. Kerkmeester, Contingency fee en letselschade: een rechtseconomische analyse, VR 1999, p. 257-261.

Kerkmeester, RdW 1999/1

H.O. Kerkmeester, Een vergeten hoofdstuk uit het leven van W.F. Wertheim: zijn rechtseconomische proefschrift, RdW 1999/1, 1-32.

De Kezel, TVPr 1999

E. de Kezel, De vergoeding voor het verlies van een kind ten gevolge van een verkeersongeval, TVPr 1999, p. 579-633.

Knijp, NbBW 1993

G.J. Knijp, Psychische stoornis en externe factoren als oorzaak van schade bij wettelijke en contractuele aansprakelijkheid, NbBW 1993, p. 132-134.

Knol, VR 1985

P.C. Knol, Artikel 6.1.9.11a Nieuw BW (letselschade), VR 1985, p. 264-268.

Knol, 1986

P.C. Knol, Vergoeding van letselschade volgens huidig en komend recht, Zwolle 1986.

Kohler, 1880

J. Kohler, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Eigenthum, von Mittheigenthum, vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht, Jena 1880.

Kokkini-Iatridou, 1988

D. Kokkini-Iatridou, Een inleiding tot het rechtsvergelijkend onderzoek, Deventer 1988.

Köndgen, 1976

J. Köndgen, Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, Berlin 1976.

Kortmann, 1996

C.A.J.M. Kortmann, Zijn grondrechten subjectieve rechten?, in: Op recht (Struyckenbundel), Zwolle 1996, p. 145-155.

Kortmann, 1997

C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer 1997.

Kortmann, AA 1999

S.C.J.J. Kortmann, Johanna Kruithof, AA 1999, p. 656-661.

Köster, 1963

H.K. Köster, Causaliteit en voorzienbaarheid. De betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontactuele schadevergoeding, Zwolle 1963.

Kottenhagen, NTBR 1996

R.J.P. Kottenhagen, Shockschade: een rechtsgebied in beweging, NTBR 1996, p. 119-127.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Kottenhagen, NTBR 1998

R.J.P. Kottenhagen, Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in een stroomversnelling?, NTBR 1998, p. 137-142.

Kottenhagen, 2000

R.J.P. Kottenhagen, Shockschade in Nederland. Over de wenselijkheid van een wettelijke regeling, in: P. Kottenhagen-Edzes, Immateriële schade: tendensen en wensen, Antwerpen-Groningen 2000, p. 61-105.

Kottenhagen, TVP 2000

R.J.P. Kottenhagen, Smartengeldvergoeding voor comateuze slachtoffers? Een rechtsvergelijkende beschouwing naar aanleiding van Rb. Haarlem 1 augustus 2000, rolnr. 49847/HA ZA 98-1578, TVP 2000, p. 85-91.

Kottenhagen, L&S 2000/2

R.J.P. Kottenhagen, Recente rechtspraak inzake shockschade: een doorbraak?, L&S 2000/2, p. 4-10.

Kottenhagen, L&S 2000/3

R.J.P. Kottenhagen, De zaak 'Baby Joost': een teleurstellende ontknoping, L&S 2000/3, p. 5-14.

Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes 2001

R. Kottenhagen en P. Kottenhagen-Edzes, Psychiatric injury – a comparative legal study, London 2001.

Kötz, 1978

H. Kötz, Zu reform der Schmerzensgeldhaftung, in: H.C. Ficker e.a., Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978.

Kötz, 1989

H.Kötz, Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung? 20. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1982, in: K. Kuntz, Schmerzensgeld. Sammlung von Entscheidungen, Neuwied/Frankfurt 1989, p. 45-52.

Kötz, 1998

H. Kötz, Deliktsrecht, Neuwied 1998.

Krans, 1999

H.B. Krans, Schadevergoeding bij wanprestatie (diss. Leiden), Deventer 1999.

Kremer, A&V 1999

F.Th. Kremer, Administratiekosten, incassokosten, buitengerechtelijke kosten, A&V 1999, p. 14-20.

- Kruijer, WPNR 6418 (2000)
H.S.M. Kruijer, Het persoonlijkheidsrecht van de auteur – Een reconstructie van de zaak Miletic, WPNR 6418 (2000), p. 669-675 en 699-702.
- Kuypers, Informatierecht/AMI 1988
C.W. Kuypers, Droit moral: grondslag en uitwerking, Informatierecht/AMI 1988, p. 9-13.
- Lambert-Faivre, D. 1992
Y. Lambert-Faivre, Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels, D. 1992, chron. p. 165-168 .
- Lambert-Faivre, D. 1994
Y. Lambert-Faivre, Méthodologie, de l'indemnisation du dommage corporel: le préjudice fonctionnel d'agrément et le recours des tiers payeurs, D. 1994, jur. p. 516-520 e.v.
- Lambert-Faivre, D. 1993
Y. Lambert-Faivre, Principes d'indemnisation des victimes post-transfusionnelles du sida par la Cour d'appel de Paris, 27 novembre 1992 (20 arrêts), D. 1993, chron. p. 67-71.
- Lambert-Faivre, 2000
Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation, Paris 2000.
- Lange, 1990
H. Lange, Schadensersatz, Tübingen 1990.
- De Lange, 1994
R. de Lange, Botsing van grondrechten voor de rechter, Nijmegen 1994.
- Lange, VersR 2000
K.W. Lange, Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch zivilrechtlichen Prävention?, VersR 2000, p. 274-282.
- Langemeijer, WPNR 3707 (1941)
G.E. Langemeijer, Aantasting en uitoefening van subjectieve rechten in hare betekenis voor de onrechtmatige daad (slot), WPNR 3707 (1941), p. 9-13.
- Lankhorst 1992
G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad (diss. Leiden), Deventer 1992.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Larenz, 1987

K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band Allgemeiner Teil, München 1987.

Larenz, 1989

K. Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1989.

Larenz/Canaris, 1994

K. Larenz, C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band Besonderer Teil, 2. Halbband, München 1994.

Larenz/Wolf, 1997

K. Larenz, M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 1997.

Laroche-Gisserot, 1997

F. Laroche-Gisserot, Leçons de droit civil. Les personnes, Paris 1997.

Laufs en Reiling, NJW 1994

Laufs en Reiling, Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermas, NJW 1994, p. 775-776.

Leebron, 64 N.Y.U.L. Rev. 256 (1989)

D.W. Leebron, Final moments: damages for pain and suffering prior to death, 64 N.Y.U.L. Rev. 256-324 (1989).

Leenen, 2000

H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, Handboek Gezondheidsrecht Dl. I, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Houten/Diegem 2000.

Leijten, 1999

J.C.M. Leijten, Overpeinzingen over smartengeld: Toen en Nu, in: De beleedigde molmvaarder. Annotaties bij een uitspraak uit 1850, Bundel bij het tiende symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten, Lelystad 1999.

Leuze, 1962

D. Leuze, Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis allgem. Persönlichkeitsrecht – Rechtsfähigkeit, Bielefeld 1962.

Levine & Stolker, 2001

D.I. Levine & C.J.J.M. Stolker, Compensating for psychiatric damage after disasters: A plea for a multifactor approach, in: E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker (red.), Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, Den Haag 2001, p. 127-148.

Lindenbergh, Nemesis 1995

S.D. Lindenbergh, Smartegeld, geen straf, Nemesis 1995, p. 126-132.

Lindenbergh, ANWB/VR, 1997

S.D. Lindenbergh, Enkele inleidende opmerkingen over smartengeld, 's-Gravenhage: ANWB/VR 1997.

Lindenbergh, RMTh 1997

S.D. Lindenbergh, Schrik, onrechtmatigheid en schade, RMTh 1997, p. 178-193.

Lindenbergh, 1998

S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer 1998.

Lindenbergh, JBN 1998

S.D. Lindenbergh, Vordering tot vergoeding van letselschade verknocht, JBN 1998, p. 2-4.

Lindenbergh, NJB 1998

S.D. Lindenbergh, Eén miljoen smartengeld wegens geestelijk letsel. De deur op een kier?, NJB 1998, p. 351-356.

Lindenbergh, NTBR 1999

S.D. Lindenbergh, Noot bij HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (m.nt. ARB) (Lossers/De Vries), NTBR 1999, p. 227-232.

Lindenbergh, TVPr 1999

S.D. Lindenbergh, De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht, TVPr 1999, p. 1665-1707.

Lindenbergh, TVP 2000

S.D. Lindenbergh, Noot bij HR 8 september 2000, RvdW 2000, 180 (Baby Joost), TVP 2000, p. 102-106.

Lindenbergh, TVP 2000

S.D. Lindenbergh, Noot bij Rb Den Haag 2 februari 2000, zaaknr. 96/1581 (baby Kelly) TVP 2000, p. 31-36.

Lindenbergh, NJB 2001

S.D. Lindenbergh, Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling, NJB 2001, p. 61-66.

Lindenbergh, Nieuwbrief Personenschade, 2001

S.D. Lindenbergh, Noot bij HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, nt. ARB, Nieuwbrief Personenschade, 2001, p. 3-7.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Lindenbergh, Schadevergoeding (losbladige), Inleiding

S.D. Lindenbergh, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, Inleiding, Deventer.

Lindenbergh en Deurvorst, Schadevergoeding (losbladige), Art. 96

S.D. Lindenbergh en T.E. Deurvorst, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, aantekeningen bij art. 6:96 BW, Deventer.

Lindon, 1983

R. Lindon, Dictionnaire juridique. Les droits de la personnalité, Paris 1983.

Van Lingen, 1991

N. van Lingen, Morele rechten van fictieve makers, in: G.J. Bijleveld c.s., Qui bene distinguit bene docet (Gerbrandy-bundel), Arnhem 1991, 191-199.

Lorenz, 1981

E. Lorenz, Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld". Eine Untersuchung auf der Grundlage des par. 847 BGB, Berlin 1981.

Löwe, 2000

H. Löwe, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, Frankfurt am Main 2000.

Lünnemann, Piechocki, 2001

K.D. Lünnemann, D.J.G. Piechocki, Seksueel geweld betaald gezet. Juridische gids, civiel en strafrechtelijke schadevergoedingsmogelijkheden, Nijmegen 2001.

Lunney/Oliphant, 2000

M. Lunney, K. Oliphant, Tort law. Text and materials, Oxford 2000.

Lynch, [1992] 108 LQR 367

B. Lynch, A victory for pragmatism? Nervous shock reconsidered, [1992] 108 LQR 367-371.

Van Maanen, 1999

G.E. van Maanen, Vergoeding van pijn en smart een calvinistisch dilemma in: De beleedigde molmvaarder. Annotaties bij een uitspraak uit 1850, Bundel bij het tiende symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten, Lelystad 1999, p. 43-51.

Van Maanen, NTBR 1999

G.E. van Maanen, Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998, NTBR 1999, p. 47-49.

Van Maanen/De Lange 2000

G.E. van Maanen, R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad: rechtsbescherming door de burgerlijke rechter*, Deventer 2000.

Macintosh, 27 Loyola LA LR 483 (1994)

K.L. Macintosh, *Gilmore spoke too soon: contract rises from the ashes of the bad faith tort*, 27 Loyola LA LR 483-540 (1994).

Mackaay, Mediaforum 1998

E. Mackaay, *Naar een recht op persona?*, Mediaforum 1998, p. 144-146

Maeijer, 1962

J.M.M. Maeijer, *Matiging van schadevergoeding* (diss. Nijmegen), Breda 1962.

Maeijer, BIE 1990

J.M.M. Maeijer, *Rechtspersoonlijkheid, persoonlijkheidsrechten en vatbaarheid voor beslag van het auteursrecht*, BIE 1990, p. 352-355.

Magnus, 1987

U. Magnus, *Schaden und Ersatz*, 1987.

Magruder, XLIX Har LR 1033 (1936)

C. Magruder, *Mental and emotional disturbance in the law of torts*, XLIX Har LR 1033-1067 (1936).

Maris, 1969

A.G. Maris, *Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civiel-rechtelijke werking van grondrechten, en, zo ja, welke?* Preadvies NJV, Zwolle 1969.

Markesinis and Deakin, 1999

B.S. Markesinis, S.F. Deakin, *Tort Law*, Oxford 1999.

Mazeaud, D. 1932

H. Mazeaud, *Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel?*, D. 1932, chron. p. 77-83.

Mazeaud, D. 1954, chron.

H. Mazeaud, *La lésion d'un "intérêt légitime juridiquement protégé", condition de la responsabilité civile*, D. 1954, chron. p. 39-44.

Mazeaud, D. 1995

D. Mazeaud, *L'inconscience de la victime est sans influence sur la réalité et la réparation du préjudice*, D. 1995, somm. p. 233-234.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Mazeaud/Tunc I, 1965

H. Mazeaud, L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel I, Paris 1965.

Mazeaud/Mazeaud/Mazeaud II, 1970

H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, deel II, Paris 1970.

Mazeaud/Mazeaud/Chabas, 1994

H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome II, deuxième volume, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, Paris 1994.

Mazeaud/Chabas II, 1998

H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Obligations*, tome II, premier volume, Paris 1998.

McDonnell Dobbs, 17 Wm. Mitchell L.Rev. 1159 (1991)

S. McDonnell Dobbs, *Tort law – tort recovery for intentional interference with custodial rights in Minnesota*, 17 Wm. Mitchell L.Rev. 1159-1189 (1991).

McGregor, 1997

H. McGregor, *McGregor on Damages*, London 1997.

Meijers, VPO III, 1954

E.M. Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsverklaring*, in: *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen III*, Leiden 1954, p. 277-300.

Meijers, 1948

E.M. Meijers, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden 1948.

Mendel, 1980

M.M. Mendel, *Rechter en boulevardpers*, in: B. Baardman, M.M. Mendel & M.J.G.C. Raaijmakers (red.), *Jurist in bedrijf, Opstellen van bedrijfsjuristen bij het 50-jarig bestaan van het Nederlands genootschap van bedrijfsjuristen*, Deventer 1980.

Merterns, 1967

H.-J. Mertens, *Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht*, 1967.

Messer, 1994

E.A. Messer, *Risico-aansprakelijkheid voor milieuverontreiniging in het BW* (diss. Utrecht), Arnhem 1994.

Mestre, JCP 1974, I

V.J. Mestre, *La protection indépendante du droit de réponse, des personnes physiques et des personnes morales contre l'altération de leur personnalité aux yeux du public*, JCP 1974, I, doc. 2623.

- Michiels van Kessenich-Hoogendam, 1972
I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Aantasting van eer en goede naam, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle 1972.
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, Onrechtmatige daad (oud) IX (losbladige), Art. 1408-1416
I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Onrechtmatige daad (oud) IX (losbladige) aantekeningen bij art. 1408-1416 (oud) BW, Deventer.
- MK-Grunsky, 1994
W. Grunsky, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, par. 241-432, München 1994.
- MK-Mertens, 1986
H.-J. Mertens, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil II, par. 652-853, München 1986.
- MK-Mertens, 1997
H.-J. Mertens, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III. Halbband, par. 705-853, München 1997.
- MK-Stein, 1997
A. Stein, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, par. 705-853, München 1997.
- Mommsen, 1855
F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, zweite Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
- Mout, NJV 1978
P. Mout, Bescherming van het individu tegen ongefundeerde aantijgingen in de massamedia, in: Handelingen der NJV deel 1, tweede stuk, Zwolle 1978.
- Mulder, Informatierecht/AMI 1998
N.W. Mulder, Kunt u mij de weg naar Niemandsland vertellen, meneer? Overwegingen n.a.v. het proefschrift van Sebastiaan Pinckaers, Informatierecht/AMI 1998, p. 1-5.
- Mullany and Handford, 1993
N. Mullany and P.R. Handford, Tort liability for psychiatric damage, North Ryde 1993.
- Mullany, (1996) 4 Tort LR
N.J. Mullany, Recovery for psychiatric injury by report: another small step forward, (1996) Tort LR 96-101.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Napier & Wheat, 1995

M. Napier & K. Wheat, *Recovering damages for psychiatric injury*, London 1995.

Nelsen-von Stryk, JZ 1987

K. Nelsen-von Stryk, *Schmerzensgeld ohne Genugtuung*, JZ 1987, p. 119-127.

Nerson, 1939

R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, Paris 1939.

Nierenz, 47 Drake L. Rev. 343 (1999)

C. Nierenz, "Why aren't the pilots doing something?" A look at the approaches courts use to handle claims for pre-impact terror in airplane disasters, 47 Drake L. Rev. 343-374 (1999).

Neuner, AcP 1931

R. Neuner, *Interesse und Vermögensschaden AcP 1931*, p. 277-314.

Nieskens-Ispording, NTBR 1999

B.W.M. Nieskens-Ispording, *Het vermogensrecht, de Hoge Raad, en de emoties van Van Maanen*, NTBR 1999, p. 137.

Nieuwenhuis, 2001

A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht*, Nijmegen 2001.

Nieuwenhuis, Stolker, Valk, *Tekst & Commentaar*, 1999

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Vermogensrecht, Tekst & Commentaar*, Deventer 1999.

Nieuwenhuis, RMTh 2000, p. 203-211

J.H. Nieuwenhuis, *De constitutionele orde van het burgerlijk recht*, RMTh 2000, p. 203-211.

Nipperdey, NJW 1957

H.C. Nipperdey, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht*, NJW 1957, p. 1777-1782.

Van Nispen, 1988

C.J.J.C. van Nispen, *Sancties in het vermogensrecht*, Deventer 1988.

Odersky, 1989

W. Odersky, *Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger*, München 1989.

Ogus, [1972] 35 MLR 1

A.I. Ogus, *Damages for lost amenities: for a foot, a feeling or a function?* [1972] 35 MLR 1-17.

- Olbers, Arbeidsovereenkomst, Wet CAO (losbladig), Art. 16
M.M. Olbers, Arbeidsovereenkomst, Wet CAO (losbladig), Aantekeningen bij art. 16, Deventer.
- Olbers, SMA 1988
M.M. Olbers, Handhaving van de cao, SMA 1988, p. 206-222.
- Oliphant, TLR 1998
K. Oliphant, Unblurring the boundaries of nuisance, TLR 1998, p. 21-28.
- Overeem, 1979
R. Overeem, Smartegeld. Een rechtsvergelijkende beschouwing over de vergoeding van niet-economische schade, Zwolle 1979.
- Overeem, VR 1999
R. Overeem, Smartengeld in geval van psychisch leed; een beschouwing naar aanleiding van S.D. Lindenbergh, Smartengeld, VR 1999, p. 161-164.
- Overeem, Vrb 1995
R. Overeem, Smartegeld als affectieschade voor de ouders van baby Joost doorbraak of ontsporing, Vrb 1995, p. 77-79.
- Payne, CLJ 1998
J. Payne, More shock horror for employees, CLJ 1998, p. 245-247.
- Peifer, ZvglRWiss 96 (1997)
K.-N. Peifer, Persönlichkeitsschaden und Geldersatz, ZvglRWiss 96 (1997) 74-95.
- Perreau, RTD 1909
E.H. Perreau, Des droits de la personnalité, RTD 1909, p. 501-536.
- Pessers, 2000
D. Pessers, Wederkerigheid als structuurprincipe van rechtsbetrekkingen, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis, H.A.W. Vermeulen, Beginselen van contractenrecht. Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording, Deventer 2000, p. 103-112.
- Picard, 1999
E. Picard, The right to privacy in French law, in: B.S. Markesinis (ed.), Protecting privacy, Oxford 1999.
- Pinckaers, 1996
J.C.S. Pinckaers, From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona. The Right of Publicity (United States) and Portrait Law (Netherlands) Balanced with Freedom of Speech and Free Trade Principles (diss. Amsterdam UvA), The Hague 1996.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Pinckaers, AA 1997

J.C.S. Pinckaers, Het recht op de persona, AA 1997, p. 178-182.

Pinckaers, Informatierecht/AMI 1997

J.C.S. Pinckaers, Van portretrecht naar personarecht, Informatierecht/AMI 1997, p. 47-53.

Pitlo, Gerver, Sorgdrager, Stutterheim, 1995

A. Pitlo, P.H.M. Gerver, H. Sorgdrager, R.H. Stutterheim, Het systeem van het Nederlandse privaatrecht, Arnhem 1995.

Polak, 1949

R.J. Polak, Aanspraak en aansprakelijkheid, Zwolle 1949.

Polak-Wessels II, 2000

M. Polak, B. Wessels, Insolventierecht. Gevolgen van de faillietverklaring (1), Deel II, Deventer 2000.

Van der Pot/Donner, 1995

Bewerkt door: L. Prakke, J.L. de Reede, G.J.M. van Wissen, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, Zwolle 1995.

Prinz, NJW 1995

M. Prinz, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzungen durch die Medien, NJW 1995, p. 817-821.

Prinz, NJW 1996

M. Prinz, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien, NJW 1996, p. 953-958.

Prosser, 37 Mich LR 874 (1939)

W.L. Prosser, Intentional infliction of mental suffering: a new tort, 37 Mich LR 874-892 (1939).

Prosser, 1941

W.L. Prosser, Handbook on the law of torts, St. Paul 1941.

Prosser, 44 Cal LR 47 (1956)

W.L. Prosser, Insult and outrage, 44 Cal LR 47-49 (1956).

Prosser, 48 Cal LR 383 (1960)

W.L. Prosser, Privacy, 48 Cal LR 383-423 (1960).

Prosser, 1984

W.P. Keeton, D.B. Dobbs, R.E. Keeton, D.G. Owen, Prosser and Keeton on the law of torts, St. Paul 1984.

Quaadvlieg, 1992

A.A. Quaadvlieg, *Auteur en aantasting, werk en waardigheid*, Zwolle 1992.

Quaadvlieg, IER 2000

A.A. Quaadvlieg, *Vernietiging en ook nog aantasting*. Commentaar bij Hof Leeuwarden 17 maart 1999, IER 2000, p. 13-15.

Quant, NJB 1999

L.H.A.J.M. Quant, *Het loon van de angst*. Over advocaten, commercie en ethiek, NJB 1999, p. 1847-1851.

Randow, 1989

P. von Randow, *Kommentar*, in: C. Ott, H.-B. Schäfer, *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin 1989.

Rank, 1996

W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer 1996.

Reijntjes, Boon, 2000

J.M. Reijntjes, P.J. Boon, *Van Apeldoorn's Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht*, Deventer 2000.

Ribbius, 1906

H.R. Ribbius, *De omvang van de te vergoeden schade bij niet-nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1906.

Ripert-Boulanger, II, 1957

G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil*, Tome II, Paris 1957.

Ripert. D. 1948, chron.

G. Ripert, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chron. p. 1-4.

Robben, 1993

C.P. Robben, *De action directe en de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen* (diss. Tilburg) Apeldoorn 1993.

Van Roermund, RW 1997

B. van Roermund, *De rekening van het kind: aansprakelijk voor "wrongful birth"*, RW 1997, pp. 1313-1318.

Van Roermund, RMTh 1998

B. van Roermund, *Het kind als schade*. Over ethiek, dogmatiek en 'wrongful birth', RMTh 1998, p. 3-10.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Rosengarten, NJW 1996

Rosengarten, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht. Höheres Schmerzensgeld, aber keine Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer punitive damages?, NJW 1996, p. 1935-1938.

Le Roy, 1998

M. le Roy, L'évaluation du préjudice corporel, Paris 1998.

Salmond and Heuston, 1996

R.F.V. Heuston, R.A. Buckley, Salmond and Heuston on the law of torts, London 1996.

Sarno, 6 ALR 5th 297 (1999)

G.G. Sarno, Liability of insurer, or insurance agent or adjuster, for infliction of emotional distress, 6 ALR 5th 297 (1999).

Von Savigny, 1840 I

F.C. von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840.

Van Schaik, Mediaforum 1999

R. van Schaik, De calculerende pers. Smartengeld bij onrechtmatige perspublicaties, Mediaforum 1999, p. 169-173.

Van Schaick, WPNR (6414) 2000

A.C. van Schaick, Actioni non natae non praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid, WPNR (6414) 2000, p. 591-597.

Schalken, NJB 1984

T.M. Schalken, Euthanasie en de rechtspolitieke betekenis van het gewetensconflict, NJB 1984, p. 38-50.

Van Schellen, 1972

J. van Schellen, Juridische causaliteit: een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht (diss. UvA), Deventer 1972.

Van Schellen, 1985

J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht, Zwolle 1985.

Schiffeleers, WPNR 5221 (1973)

J.G.M.L. Schiffeleers, Enige opmerkingen over de vergoeding van ideële schade in het ontwerp BW, WPNR 5221 (1973), p. 261-265.

Schilcher, Koller, Funk, 2000

B. Schilcher, P. Koller, B.C. Funk (red.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Jüristische Schriftenreihe Band 125, Wien 2000.

Schirmeister, 1996

F.C. Schirmeister, Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht? De vergoeding van letselschade in de Verenigde Staten (diss. VU), Lelystad 1996.

Schlechtriem, 2000

P. Schlechtriem, Schuldrecht: allgemeiner Teil, Tübingen 2000.

Scholten, 1899

P. Scholten, Schadevergoeding buiten overeenkomst en onrechtmatige daad (diss. Amsterdam), Amsterdam 1899.

Scholten, Verzamelde geschriften IV, 1954

P. Scholten, Burgerlijk Onrecht, in: Verzamelde geschriften van Prof. mr. Paul Scholten, Deel IV, Zwolle 1954, p. 70-104.

Scholten, 1974

P. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel, Zwolle 1974.

Schoonen, PIV-bulletin, 2000/7

A.J. Schoonen, De ouders van baby Joost, PIV-bulletin, 2000/7, p. 1-2.

Schoonenbergh, 1986

R.M. Schoonenbergh, Zijn 'wrongful birth' en 'wrongful life' acties naar Nederlands recht toewijsbaar?, in: J.K.M. Gevers en H.J.J. Leenen, Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid, Deventer 1986, p. 61-78.

Schoordijk, 1979

H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Deventer 1979.

Schoordijk, 1988

H.C.F. Schoordijk, Wrongful life acties en het belang van het kind, in: Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan Professor mr. Madzy Roodde Boer ter gelegenheid van haar emeritaat, Deventer 1988, p. 129-143.

Schoordijk, NTBR 2001

H.C.F. Schoordijk, Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief, NTBR 2001, p. 212-218.

Schrage, 2000

E.J. Schrage, Das bewegliche System im niederländischen Privatrecht, in: B. Schilcher, P. Koller, B.C. Funk (red.), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Juristische Schriftenreihe Band 125, Wien: Verlag Österreich, 2000, p. 303-310.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Schröder, 1988

R. Schröder, "... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben! Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich, Baden-Baden, 1988.

Schuijt, Informatierecht/AMI 1996

G.A.I. Schuijt, Hoge Raad niet meer bang voor de uitingsvrijheid?, Informatierecht/AMI 1996, p. 23-30.

Schuijt, Onrechtmatige daad VII (losbladige)

G.A.I. Schuijt, Aantasting eer en goede naam en andere aantasting van de persoon, Onrechtmatige daad VII (losbladige), aantekeningen bij artikel 6:162 BW, Deventer.

Schut, 1963

G.H.A. Schut, Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid (diss. VU), Zwolle 1963.

Schut, RMTh 1987

G.H.A. Schut, Wrongful life, RMTh 1987, p. 1-4.

Schut, 1990

G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad: volgens BW en NBW, Zwolle 1990.

Schut, RMTh 1990

Schut, In de persoon aangetast, RMTh 1990, p. 305-306.

Schut, 1991

G.H.A. Schut, Leniging van smart door geld, in: Vorm en wezen. Opstellen aangeboden aan W.H. Heemskerk, Utrecht 1991, p. 285-297.

Schut, 1997

G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad, Deventer 1997.

Schwerdtner, 1976

P. Schwerdtner, Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung. Offene Probleme einer juristischen Entdeckung, Berlin 1976.

Scrignar, 1984

C.B. Scrignar, Post-Traumatic Stress Disorder. Diagnosis, treatment, and legal issues, New York 1984.

Seitz, NJW 1996

W. Seitz, Prinz und die Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, NJW 1996, p. 2848-2850.

- Selb, AcP 1973
W. Selb, Bespreking van B. Keuk, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, AcP 1973, p. 366-369.
- Sériaux, 1992
A. Sériaux, Droit des obligations, Paris 1992.
- Sieburgh, 2000
C.H. Sieburgh, Toerekening van onrechtmatige daad (diss. Groningen), Deventer 2000.
- Slabbers, Vrb 2000
S. Slabbers, Wrongful birth en wronful life, Vrb 2000, p. 61-65.
- Slagter, 1952
W.J. Slagter, De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Leiden), Leiden 1952.
- Slizyk, 1997
A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle. Von Kopf bis Fuß, München 1997.
- Slizyk, 2001
A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle. Von Kopf bis Fuß, München 2001.
- Slok en Van, NJB 1990
W.M.K. Slok en A.J. Van, De privaatrechtelijke boete en artikel 6:106 Nieuw BW, NJB 1990, p. 1823-1829.
- Sluyters, 1985
B. Sluyters, Geknipt verband, Deventer 1985.
- Sluyters, 1990
B. Sluyters, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor medische fouten voor de geboorte, in: J.K.M. Gevers, J.H. Hubben, Grenzen aan de zorg, zorgen aan de grens (Leenen-bundel), Alphen aan den Rijn 1990.
- Smith, 87 ALR 3d 201 (1999)
J.E. Smith, Recovery by debtor, under tort of intentional or reckless infliction of emotional distress, for damages resulting from debt collection methods, 87 ALR 3d 201 (1999).
- Soergel-Mertens, 1990
Th. Soergel, H.J. Mertens, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2. Schuldrecht I (par. 241-432), Stuttgart, 1990.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Spier, A&V 1994

J. Spier, Immateriële schade persoonlijke predispositie, A&V 1994, p. 160-162.

Spier, NJV 1996

A.T. Bolt en J. Spier, m.m.v. O.A. Haazen, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, Preadvies NJV, Zwolle 1996.

Spier, Hartlief, Van Maanen, Vriesendorp, 2000

J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding, Deventer 2000.

Spoor/Verkade, 1993

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade, Auteursrecht, Deventer 1993.

Stanton, TLR 1993

K.M. Stanton, Harassment: an emerging tort?, 1993 TLR 179.

Stapleton, 1994

J. Stapleton, In restraint of tort, in: P.B.H. Birks (ed.), The frontiers of liability, Oxford 1994, p. 83-102.

Starck, 1947

B. Starck, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie en de peine privée, Paris 1947.

Starck, Roland, Boyer, 1996

B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Obligations. 1. Responsabilité délictuelle, Paris 1996.

Starck, Roland, Boyer, Introduction 1996

B. Starck, H. Roland, L. Boyer, Introduction au droit, Paris 1996.

Staudinger-Coing-Habermann, 1980

H. Coing, N. Habermann, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung, par. 1-89, Berlin 1980.

Staudinger-Hager, 1999

J. Hager, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse, par. 823-825, Berlin 1999.

Staudinger-Medicus, 1983

D. Medicus, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse, par. 249-254, Berlin 1983.

Staudinger-Roth, 1995

H. Roth, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Drittes Buch Sachenrecht, par. 906, Berlin 1995.

Staudinger-Schäfer, 1986

K. Schäfer, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse, par. 833-853, Berlin 1986.

Staudinger-Schiemann, 1998

G. Schieman, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse, par. 249-254, Berlin 1998.

Steffen, NJW 1997

E. Steffen, Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien. Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung, NJW 1997, p. 10-14.

Steindorff, AcP 1959/1960

E. Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 1959/160, p. 431-469.

Steiniger, 1986

V. Steiniger, Walter Wilburg als Lehrer und Forscher in der Erinnerung seiner unmittelbaren Schüler und das Bewegliche System im Gesamtgefüge der Wissenschaften, in: F. Bydlinski, H. Krejci, B. Schilcher, V. Steininger (red.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien 1986.

Stolker, 1988

C.J.J.M. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties (diss. Leiden), Deventer 1988.

Stolker, RMTh 1988

C.J.J.M. Stolker, Besef als vereiste voor vergoeding van immateriële schade. RMTh 1988, p. 3-29.

Stolker, 39 ICLQ [1990]

C.J.J.M. Stolker, The unconscious plaintiff: consciousness as a prerequisite for compensation for non-pecuniary loss, 39 ICLQ 82-100 [1990].

Stolker, 1991

C.J.J.M. Stolker, Een onrechtmatig bestaan. Over de grenzen van de aansprakelijkheid, in: A.M. Hol, M.A. Loth, Dilemma's van aansprakelijkheid, Zwolle 1991, p. 7-19.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Stolker en Levine, A&V 1997

C.J.J.M. Stolker en Levine, Een onrechtmatig bestaan in Nederland – een stand van zaken, A&V 1997, p. 38-45.

Stolker, WPNR 6262 (1997)

C.J.J.M. Stolker, Who's afraid of wrongful birth?, WPNR 6262 (1997), p. 191-196

Stolker, annotatie in A&V 1997

C.J.J.M. Stolker, Wrongful birth, annotatie in A&V 1997, p. 100-103.

Stolker & Levine, Air & Space Law 1997

C.J.J.M. Stolker & D.I. Levine, Compensation for damage to parties on the ground as a result of Aviation accidents, Air & Space Law 1997, p. 60-69.

Stoll, DJT 1964

H. Stoll, Verhandlungen des Fünfundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), Teil 1, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?, München/Berlin 1964.

Stoll, 1993

H. Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993.

Storm, TVP 1999

H.M. Storm, TVP 1999, p. 10-14.

Street on torts, 1993

M. Brazier, Street on torts, London 1993.

Van Strien, RMTh 1996

A.L.J. van Strien, Rechtspersonen en mensenrechten, RMTh 1996, p. 3-19.

Strömholm, 1967

S. Strömholm, Right of privacy and rights of the personality, Stockholm 1967.

Suijling, 1934

J.Ph. Suijling, Inleiding tot het Burgerlijk Recht, 2e stuk – 1e gedeelte, Haarlem 1934.

Suijling, 1949

J.Ph. Suijling, De subjectieve rechten in het positieve privaats- en publiekrecht, Haarlem 1949.

Sutorius, Lijftogt, Leijten, Hirsch Ballin, Nieuwenhuis, Legemaate, Verdonk, Cobben, NJB 1997, p. 475-481 en reacties van Heida en Slot in NJB 1997

E.Ph.R. Sutorius, H.W. Lijftogt, J. Leijten, E.M.H. Hirsch Ballin, J.H. Nieuwenhuis, J. Legemaate, J. Verdonk en P. Cobben in: *Wrongful birth*, meningen over HR 21-2-1997, RvdW 1997, 54C, NJB 1997, p. 475-481 en reacties van A. Heida en P.J. Slot in NJB 1997, p. 1176-1177.

Sybenga, 1885

S. Sybenga, *Eenige opmerkingen over onrechtmatige daden als bron van verbindtenis*, diss. Groningen 1885.

Teeuwissen, ANWB/VR 1994

J.G. Teeuwissen, *Smartegeld in de praktijk. Het onweegbare gewogen*, in: *Smartegeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, ANWB/Verkeersrecht, 's-Gravenhage 1994.

Teff, CLJ 1995

H. Teff, *Liability for negligently inflicted psychiatric harm: justifications and boundaries*, CLJ 1998, p. 91-122.

Teff, Tort LR 1996

H. Teff, *The requirement of "sudden shock" in liability for negligently inflicted psychiatric damage*, Tort LR 1996, p. 44-61.

Telders, 1949

B.M. Telders, *De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke lichamen en hunne organen volgens het burgerlijk recht*, *Verzamelde Geschriften Deel VI*, 's-Gravenhage 1949, p. 158-174.

Terré/Simler, 1998

F. Terré, P. Simler, *Droit civil. Les biens*, Paris 1998.

Tettenborn, 1984

A.M. Tettenborn, *An introduction to the law of obligations*, London 1984.

Teyssié, 1999

B. Teyssié, *Droit civil. Les personnes*, Paris 1999.

Tjittes, 1994

R.P.J.L. Tjittes, *Stellingen*, VA 1994, p. 108-111.

Tjittes, WPNR 6239 (1996)

R.P.J.L. Tjittes, *Wat niet weet, wat niet deert? Een kritische beschouwing over het bewustheidsvereiste bij de vergoeding van immateriële schade*, WPNR 6239 (1996), p. 699-700.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Tjittes, RMTh 1999

R.P.J.L. Tjittes, *Hollandse toestanden*, RMTh 1999, p. 141-142.

Todd, 1997

S. Todd, *Protection of Privacy*, in: N.J. Mullany, *Torts in the Nineties*, North Ryde 1997, p. 174-210.

Le Tourneau, Cadiet, 2000/2001

Ph. le Tourneau, L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Paris 2000/2001.

Treitel, 1999

G. Treitel, *The law of contract*, London 1999.

Trimble, 1986

M.R. Trimble, *Post-traumatic Stress Disorder: History of a Concept*, in: C.R. Figley (ed.), *Trauma and its wake. The study and treatment of Post-Traumatic Stress Disorder*, New York 1986, p. 5-14.

Trindade, [1996] LQR 22

F.A. Trindade, *Nervous shock and negligent conduct*, [1996] LQR 22-27.

Trindade, 1997

F.A. Trindade, *The modern tort of false imprisonment*, in: Mullany (ed.), *Torts in the nineties*, North Ryde 1997, p. 229-260.

Tromp, 1998

J.M. Tromp, *Personenschade in de praktijk. Enige praktische aspecten van de letselschaderegeling*, Deventer 1998.

Von Tuhr-Peter, 1979

A. von Tuhr, H. Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Band 1*, Zürich 1979.

Tunc, 1968

A.Tunc, *Pour une loi de sécurité routière*, Extrait de la Revue Hellénique de droit international 1967, Athènes 1968.

Tunc, RTD 1962

A. Tunc, *la réparation du préjudice moral causé par la mort d'un animal cher*, RTD 1962, p. 316-317.

Tunc, RTD 1963

A. Tunc, *De l'arrêt Lunus au jugement Myrza: la réparation du préjudice moral causé par la mort d'une chienne*, RTD 1963, p. 93-95.

Tunc, 1981

A. Tunc (red.), *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, Paris 1981.

Tunc, 1983

A. Tunc, *International Encyclopedia of comparative law*, Vol. XI Torts, Part 1, Tübingen 1983.

Van, 1996

A.J. Van, *De relativiteit der onrechtmatigheid*, in: M.E. Franke, J.P. Jordaans, L. Reurich, W.L. Valk, M.H. Wissink (red.), *BW-krant Jaarboek 1996*, Deventer 1996, p. 97-109.

Vansweevelt, NTBR 1997

T. Vansweevelt, *Wrongful pregnancy in Nederland: enkele rechtsvergelijkende beschouwingen*, NTBR 1997, p. 320-325.

Van der Veen, AA 1989

Th.L. van der Veen, *Vergoeding van niet-materiële schade*. Nieuw BW zet de klok terug, AA 1989, p. 245-247.

Vegter, AV&S 2001, p. 133-140

M.S.W. Vegter, *Aansprakelijkheid werkgever voor psychische schade werknemer als gevolg van seksuele intimidatie van de werknemer*, AV&S 2001, p. 133-140.

Verheij, AA 1997

A.J. Verheij, *Punitive damages, immateriële schade en fundamentele rechtsbeginselen*, AA 1997, p. 71-81.

Verheij, RMTh 1998

A.J. Verheij, *Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade*, RMTh 1998, p. 339-350.

Verheij, Interview, NJB 1998

A.J. Verheij, *Interview met Prof. dr. W.F. Wertheim: De dingen die voorbijgaan*, NJB 1998, p. 1297-1304.

Verheij, NTBR 1998

A.J. Verheij, *Vergoeding van affectieschade*, NTBR 1998, p. 324-332.

Verheij, VR 1998

A.J. Verheij, *'Wrongful birth'*, VR 1998, p. 353-356.

Verheij, NbBW 1999

A.J. Verheij, *Geestelijk letsel: de kring van gerechtigden*, Rb Zwolle 6 januari 1999, NJ 1999, 424, NbBW 1999, p. 103-105.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Verheij, NJB 1999

A.J. Verheij, Shockschade, NJB 1999, p. 1409-1416.

Verheij, TVP 2000

A.J. Verheij, Shock- en schrikschade, Hof Amsterdam 27 april 2000, rolnr. 438/99, TVP 2000, p. 41-43.

Verheij, VR 2000

A.J. Verheij, Shockschade: recente jurisprudentie, VR 2000, p. 178-180.

Verheij, NJB 2001

A.J. Verheij, Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade. Enige (kritische) vragen en opmerkingen, NJB 2001, p. 1562-1569.

Verhey, 1992

L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy (diss. Utrecht), Zwolle 1992.

Verkade, Mediaforum 1996

F. Verkade, Gefeliciteerd met Uw subjectieve portretrecht..., Mediaforum 1996, p. 124-126.

Verstappen, FJR 1998

L.C.A. Verstappen, Smartengeld en vergoeding van inkomensschade zijn bijzonder verknochte goederen, FJR 1998, p. 78-84.

Vetter, 1992

H.J. Vetter, De aantasting in de persoon volgens art. 6:106. Welke persoon?, in: Te Pas (Stein-bundel), Deventer 1992, p. 147-152.

Viney, 1988

G. Viney, Traité de droit civil, Les obligations. La responsabilité: effects, Paris 1988.

Viney, 1995

G. Viney, Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité, Paris 1995.

Viney, JCP 1997, doc.

G. Viney, Chronique. Responsabilité, JCP 1997, doc. 4025, p. 237-238.

Viney, 1998

G. Viney, P. Jourdain, Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, Paris 1998.

Visser, AA 1993

D.J.G. Visser, Ongewenste ongeadresseerde brievenbusreclame: aan stickers kleven nogal wat bezwaren, AA 1993, p. 86-92.

Visser 't Hooft, 1986

Visser 't Hooft, De doolhof van het zelfbeschikkingsrecht, in: J.B.J.M. ten Berge, G.J.H. van Hoof, A.Ph. Jaspers, A.H.J. Swart (red.), *Recht als norm en aspiratie: opstellen over recht en samenleving ter gelegenheid van het 350-jarig bestaan van de Utrechtse juridische faculteit*, Nijmegen 1986, p. 379-397 .

Voorhoof, Informatierecht/AMI 1998

D. Voorhoof, Boekbespreking van J.C.S. Pinckaers, *From privacy toward a new intellectual property right in persona* (diss. UvA), The Hague 1996, *Informatierecht/AMI* 1998, p. 10-14.

Voß, VersR 1990

U. Voß, Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs, *VersR* 1990, p. 821-826.

Vorndran, ZRP 1988

W. Vorndran, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger. Ein Diskussionsvorschlag, *ZRP* 1988, p. 293-295.

Vranken, WPNR 5924 (1989)

J.B.M. Vranken, Immateriële schadevergoeding bij ernstige schrik, *WPNR* 5924 (1989), p. 433-435.

Vranken, 2000

J.B.M. Vranken, Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht, in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duvis, H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens-Isphording), Deventer 2000, p. 145-155.

Vranken, WPNR 6460 (2001)

J.B.M. Vranken, Contractuele breekijzers of de koninklijke weg? Schadevergoeding voor naaste verwanten van een gewonde, *WPNR* 6460 (2001), p. 835-840.

Wachter, 1978

B. Wachter, Onstoffelijke schade door aantasting in eer en goede naam, in: 2000 weken rechtspraak, *Wijckerheld Bisdome-bundel*, Zwolle 1978.

Wachter en Bouman, NbBW 1999

D. Wachter en W.H. Bouman, , Verplaatste schade/kring van gerechtigden/art. 1407 (oud) BW en art. 6:107 BW. HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 , m.nt. ARB (Gemeente Losser/De Vries c.s.) *NbBW* 1999, p. 116-119.

Wansink, AV&S 2000

J.H. Wansink, De aansprakelijkheidsverzekering en opzettelijk veroorzaakte schade: een Januskop in beweging, *AV&S* 2000, p. 14-17.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Warnink, 1995

M. Warnink, Schadevergoeding bij seksueel misbruik. Een jurisprudentie-onderzoek naar de civielrechtelijke schadevergoeding aan slachtoffers van seksueel misbruik, Nijmegen 1995.

Warren en Brandeis, 4 Harv. LR 193 (1890)

S.D. Warren & L.D. Brandeis, The right to privacy. The implicit made explicit. 4 Harv. LR 193-220.

Van Wassenauer van Catwijck, WPNR 5361 (1976)

A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, WPNR 5361 (1976), p. 551-559.

Weir, 1992

T. Weir, A Casebook on Tort, London 1992.

Weir, 1996

T. Weir, A Casebook on Tort, London 1996.

Wertheim, 1930

W.F. Wertheim, Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst (diss. Leiden), Leiden 1930.

Von Westerhoff, 1991

R. von Westerhoff, Die Elemente des Beweglichen Systems, Berlin 1991.

Weterings, 1999

W.C.T. Weterings, Vergoeding van letselschade en transactiekosten. Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse, Deventer 1999.

Wichers Hoeth/ Gielen/Hagemans, 2000

Ch. Gielen, N. Hagemans (red.), L. Wichers Hoeth, Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht, Zwolle 2000.

Wiggers-Rust, NTBR 2000

L.F. Wiggers-Rust, Jaarvergadering Vereniging voor Burgerlijk Recht 1999: 'Gaat het in het Burgerlijk Recht alleen om geld?', NTBR 2000, p. 150-153.

Wilburg 1941

W. Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a.d. Lahn 1941.

Wilburg, 1950

W. Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, rede Graz 1950.

Wilburg, AcP 1963/1964

W. Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 1963/1964, p. 346-379.

Wildenburg, TVP 2001

Wildenburg, Noot bij HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, nt. ARB, TVP 2001, p. 26-28.

Williams, [1951] CLP 137

G. Williams, The aims of the law of tort, [1951] CLP 137.

Wilson, (1990) 53 MLR 43

A. Wilson, Confidence, privacy and press freedom, (1990) 52 MLR 43-56.

Windscheid, 1865

B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band, Frankfurt am Main 1865.

Windscheid, 1875

B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Zweiter Band, Frankfurt am Main 1875.

Winfield & Jolowicz, 1998

W.V.H. Rogers, Winfield & Jolowicz on Tort, London 1998.

Wolfsbergen, 1946

A. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, Leiden 1946.

Zeuner, 1998

Zeuner, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 5/2. Schuldrecht IV/2 (par. 823-853), Stuttgart 1998.

Zimmermann, 1992

R. Zimmermann, The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition, Cape Town 1992.

Zwalve, 2000

W.J. Zwalve, Uniken Venema's Common Law & Civil Law, Deventer 2000.

Zweigert/Kötz, 1996

K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Tübingen 1996.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Parlementaire Geschiedenis/Wetgeving

Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel 1a grondrechten, 1979
Algehele grondwetsherziening, eerste lezing, deel 1a grondrechten, 's-Gravenhage 1979.

13 Halsbury's Statutes 587 4th ed. (1991)
13 Halsbury's Statutes England and Wales, 587 4th ed. London (1991).

17 Halsbury's Statutes 356 4th ed. (1993)
17 Halsbury's Statutes England and Wales, 356 4th ed. London (1993).

31 Halsbury's Statutes 255-256 4th ed. (1994)
31 Halsbury's Statutes England and Wales, 255-256 4th ed. London (1994).

PG Boek 6, 1981, p. 371-404
C.J. van Zeven, J.W. du Pon & M.M. Olthof, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Boek 6, Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981.

PG Boek 6, 1990, p. 1271-1316 en p. 1857-1862
W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6, Deventer 1990.

Rapporten

Law Commission, Report no 56 (1973)
Law Commission, Personal injury litigation – assessment of damages, Report no 56, London (1973).

Law Commission, Report no 60 (1974)
Law Commission, Injuries to unborn children, Report no 60, London (1974).

Law Commission, Consultation Paper no 137 (1995)
Law Commission, Liability for psychiatric illness, Consultation Paper no 137, London (1995).

Law Commission, Consultation Paper no 140 (1995)
Law Commission, Damages for personal injury: non-pecuniary loss, Consultation Paper no 140, London (1995).

Law Commission, Consultation Paper no 148 (1997)
Law Commission, Claims for wrongful death, Consultation Paper no 148, London (1997).

Literatuur

Law Commission, Report no 247 (1997)
Law Commission, Aggravated, exemplary and restitutionary damages, Report no 247, London (1997).

Law Commission, Report no 249 (1998)
Law Commission, Liability for psychiatric illness, Report no 249, London (1998).

Law Commission, Report no 257 (1999)
Law Commission, Damages for personal injury: non-pecuniary loss, Report no 257, London (1999).

Law Commission, Report no 263 (1999)
Law Commission, Claims for wrongful death, Report no 263 (1999).

Rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, Deel I, 1978
R. Cleton (voorzitter), Rapport van de Studiegroep Verkeersaansprakelijkheid, Deel I, Vergoeding van schade door dood en letsel, 's-Gravenhage 1978.

Overige

ANWB/VR 1997
C.C. van Dam (red.), Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade, ANWB/Verkeersrecht, 's-Gravenhage 1997.

ANWB/VR 2000
M. Jansen, Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade, ANWB/Verkeersrecht, 's-Gravenhage 2000.

DSM-IV 1995
Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, fourth edition, American Psychiatric Association, Washington DC 1995.

Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases, 2000
Judicial Studies Board, Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases, London 2000.

ICD-10 1993
International Classification of Diseases and Related Health Problems, World Health Organisation, Geneva 1993.

Restatement 2nd Contracts (1981)
Restatement of the Law, Second, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington D.C., Contracts 2nd, St. Paul 1981.

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Restatement 2nd Torts (1965)

Restatement of the Law, Second, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington D.C., Torts 2nd, St. Paul 1965.

Restatement 2nd Torts (1977)

Restatement of the Law, Second, as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington D.C., Torts 2nd, St. Paul 1977.

JURISPRUDENTIEREGISTER

(verwezen wordt niet naar de pagina's maar naar de nummers)

Duitsland:

RGZ 58, 24 (27-2-1904)	14
RGZ 133, 270 (21-9-1931)	92
BVerfGE 31, 212 (22-6-1971)	12
BVerfG 7-11-1972, NJW 1973, 502	12
BVerfGE 34, 269 (14-2-1973)	14, 19, 225
BVerfGE 65, 1 (15-12-1983)	227
BVerfG 8-2-1995, NJW 1995, 1607	12
BVerfGE 8-3-2000, VersR 2000, 897	232, 331, 413
BGHZ 13, 334 (25-5-1954)	14, 15, 17, 18, 60, 63, 225, 358,
BGHZ 18, 149 (6-7-1955)	20, 69, 70, 74, 88, 286, 323, 326, 328, 329, 330, 331, 335, 348, 350, 351, 353, 354
BGHZ 20, 345 (8-5-1956)	226
BGHZ 24, 72 (2-4-1957)	18
BGHZ 24, 201 (10-5-1957)	228
BGHZ 26, 349 (14-2-1958)	14, 19, 57, 225, 226, 280, 365, 366, 375, 384, 385, 387
BGHZ 27, 284 (20-5-1958)	228
BGHZ 30, 7 (18-3-1959)	225
BGHZ 31, 308 (22-12-1959)	17, 224, 225
BGHZ 35, 363 (19-9-1961)	14, 19, 20, 65, 223, 225, 226, 230, 232, 331, 366
BGHZ 39, 124 (5-3-1963)	224, 225
BGHZ 56, 163 (11-5-1971)	96, 98, 101, 102, 104, 105, 106, 146, 150
BGHZ 73, 120 (19-12-1978)	228
BGHZ 78, 24 (8-7-1980)	231
BGHZ 78, 274 (25-9-1980)	231, 277
BGHZ 86, 240 (18-1-1983)	397, 399
BGHZ 93, 351 (5-2-1985)	99, 101
BGHZ 99, 133 (25-11-1986)	224
BGHZ 118, 312 (4-6-1992)	232, 414
BGHZ 120, 1 (13-10-1992)	70, 88, 91, 330, 350
BGHZ 128, 1 (15-11-1994)	232, 277, 312, 331, 354, 358, 366, 387, 413, 414
BGH 31-5-1960, GRUR 1960, 616	17
BGH 5-5-1961, VersR 1961, 703	288
BGH 20-6-1961, NJW 1961, 1913	225
BGH 5-1-1962, NJW 1962, 1004	225
BGH 10-11-1962, GRUR 1962, 211	225
BGH 5-3-1963, NJW 1963, 904	232

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

BGH 23-6-1964, VersR 1964, 1103	288
BGH 2-12-1966, VersR 1967, 256	288
BGH 26-1-1971, NJW 1971, 698	225
BGH 27-4-1971, NJW 1971, 1359	225
BGH 16-12-1975, NJW 1976, 1147	69
BGH 18-10-1978, NJW 1978, 751	224
BGH 27-11-1979, NJW 1980, 994	225
BGH 18-3-1980, NJW 1980, 1452	18, 331, 397
BGH 24-11-1981, NJW 1982, 277	228
BGH 1-12-1981, NJW 1982, 635	232
BGH 9-2-1982, NJW 1982, 1805	224
BGH 22-6-1982, NJW 1982, 2123	69
BGH 31-1-1984, NJW 1984, 1405	106
BGH 22-1-1985, NJW 1985, 1619	331, 366
BGH 12-11-1985, NJW 1986, 777	102, 105
BGH 24-11-1987, NJW 1988, 1984	288
BGH 4-4-1989, NJW 1989, 2317	94
BGH 13-1-1992, NJW 1993, 781	375
BGH 14-1-1992, VersR 1992, 504	330
BGH 4-6-1992, NJW 1992, 3096	329
BGH 1-2-1993, JZ 1993, 521	70, 330
BGH 16-2-1993, JZ 1993, 521	69
BGH 9-11-1993, VersR 1994, 55	18, 399
BGH 29-11-1994, VersR 1995, 351	329, 353
BGH 6-12-1994, NJW 1995, 783	71
BGH 5-12-1995, VersR 1996, 339	227, 232
BGH 19-12-1995, JZ 1997, 39	227-229, 232, 275
BGH 30-1-1996, NJW 1996, 1131	232
BGH 30-4-1996, NJW 1996, 2425	106
BGH 5-11-1996, NJW 1997, 455	106
BGH 26-11-1996, NJW 1997, 1148	232
BGH 12-5-1998, NJW 1998, 2741	71
AG Hagen 15-11-1989, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 523	101
AG Siegen 19-6-1990, NJW-RR 1990, 1248	99, 330
AG Charlottenburg 7-12-1992, Slizyk, 2001, nr. 1649, p. 92	330
AG Menden 24-2-1993, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 469	230
AG Michelstadt 14-9-1994, Slizyk, 2001, nr. 2013, p. 516	330
AG Dortmund 6-9-1993, Slizyk 2001, nr. 1867, p. 656	230
AG Goppingen 1-9-1994, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 458	101
AG Schwabisch Hall 1-6-1995, NJW-RR 1996, 21	224
AG Radolfzell, 25-4-1996, NJW 1996, 2874	232
AG Forchheim 25-11-1998, Slizyk, 2001, nr. 2595, p. 516	330
KG 25-11-1965, VersR 1966, 345	289

KG 15-12-1969, VersR 1970, 379	287, 291
KG 15-3-1994, NJW-RR 1995, 479	232
KreisG Cottbus, NJW-RR, 1994, 804	99
LG Tübingen 29-11-1967, NJW 1968, 1187	102
LG Hildesheim 25-10-1968, VersR 1970, 72099	
LG Frankfurt 28-3-1969, NJW 1969, 2286	102
LG Hamburg 27-11-1969, NJW 1969, 615	99
LG Bad Kreuznach 26-5-1981, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 549	97, 101
LG Heilbronn 16-11-1983, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 784	101
LG Gießen 7-10-1986, NJW 1987, 711	101
LG Itzehoe 12-1-1987, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 785	101
LG Wiesbaden 19-4-1989, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 488	224
LG Köln 7-7-1989, VersR 1990, 1129	287, 290
LG Oldenburg 11-10-1989, Slizyk, 2001, nr. 1067, p. 338	413
LG Hambrug 18-7-1990, FamRZ 1991, 433	232
LG Hagen 14-2-1996, Slizyk 1997, nr. 2151, p. 534	230
LG München 15-5-1997, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 571	101
OLG Celle 9-11-1967, NJW 1968, 1677	289
OLG Koblenz 30-12-1969, VersR 1970, 551	289, 290
OLG Karlsruhe/Freiburg 2-11-1972, NJW 1973, 851	286, 289, 290, 291, 312, 384
OLG Hamm 15-5-1979, VersR 1980, 683	287
OLG München 11-12-1979, VersR 1981, 560	289
OLG Köln 12-1-1983, Slizyk, 2001, nr. 389, p. 673 en Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 58	102
OLG Stuttgart 24-5-1985, Slizyk, 2001, nr. 998, p. 330	413
OLG Saarbrücken 31-10-1986, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 594	101
OLG Frankfurt 27-1-1988, DAR 1988, 243	289
OLG Koblenz 29-9-1988, VersR 1990, 165	224, 228
OLG Oldenburg 27-10-1989, Slizyk, 2001, nr. 1188, p. 655	230
OLG Oldenburg 4-7-1990, Slizyk, 1997, nr. 1142, p. 513	101
OLG Oldenburg 6-7-1990, Slizyk 2001, nr. 1231, p. 655	230
OLG Hamm 21-12-1990, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 981	101
OLG Hamm 4-3-1992, Slizyk, 2001, nr. 1630, p. 331	413
OLG Nürnberg 29-9-1992, Slizyk 1997, nr. 2211, p. 535	230
OLG Osnabrück 11-12-1992, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 484	230
OLG Karlsruhe 23-4-1993, VersR 1994, 994	286
OLG Frankfurt 22-9-1993, DAR 1994, 21	69, 289
OLG Braunschweig 5-10-1994, ZfS 1995, 90	287
OLG Hamburg 1-6-1995, NJW-RR 1996, 90	232
OLG Nürnberg 11-7-1995, ZfS 1995, 452	289
OLG Nürnberg 1-8-1995, DAR 1995, 447	101
OLG Koblenz 29-11-1995, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 2401	69
OLG Hamburg, AfP 1995, 508	232

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

OLG Oldenburg 6-4-1996, VersR 1967, 237	287
OLG München 3-5-1996, VersR 1998, 645	71
OLG Hamburg 25-7-1996, NJW 1996, 2870	232, 331, 413
OLG Saarbrücken 12-2-1997, NJW 1997, 1376	224
OLG Koblenz 2-10-1997, VersR 1999, 1501	98, 101
OLG Nürnberg 27-2-1998, Hacks/Ring/Böhm, 1999, nr. 1231	101
OLG Schleswig 14-5-1998, VersR 1999, 632	71
OLG Frankfurt a.M 7-1-1999, NJW 1999, 2447289	
OLG Karlsruhe, Slizyk 2001, nr. 1794, p. 694	232

Nederland:

HR 2 januari 1874, W. 3681	365
HR 27 december 1878, W. 4332	365
HR 13 mei 1881, W. 4638	22, 258, 365
HR 23 juni 1899, W. 7302	373
HR 10 juni 1910, W. 9038	408
HR 13 november 1914, NJ 1915, p. 98	373
HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161	408
HR 3 februari 1927, NJ 1927, p. 636	359
HR 23 maart 1933, NJ 1933, p. 888, nt. PS	365
HR 29 januari 1937, NJ 1937, 570	238, 276
HR 31 december 1937, NJ 1938, 517	238, 276
HR 28 augustus 1939, NJ 1939, 948	403
HR 21 mei 1943, NJ 1944, 455	5, 22, 358
HR 15 april 1965, NJ 1965, 331	380
HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63, nt. Ch.J. Enschedé	369
HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251	359
HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360, nt. GJS	114, 115
HR 9 november 1973, NJ 1974, 91	369
HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372, nt. GJS	115
HR 19 december 1975, NJ 1976, 280	158
HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84	157
HR 5 januari 1979, NJ 1979, 207, nt. PAS	317
HR 19 januari 1979, NJ 1979, 383	236, 274
HR 2 november 1979, NJ 1980, 77, nt. GJS	112
HR 4 februari 1983, NJ 1984, 631	23, 109
HR 8 april 1983, NJ 1984, 717, nt. CJHB	108, 112, 317
HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801	235
HR 11 november 1983, NJ 1984, 331	380
HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536	112, 156
HR 27 januari 1984, NJ 1984, 803	235
HR 16 november 1984, NJ 1985, 270	23, 172, 408, 409
HR 16 november 1984, NJ 1985, 547	380
HR 1 februari 1985, NJ 1985, 560	294

Jurisprudentieregister

HR 8 februari 1985, NJ 1985, 136, nt. CJHB	115, 317
HR 8 februari 1985, NJ 1985, 137, nt. CJHB	115
HR 1 juli 1985, NJ 1986, 692	408, 409
HR 27 september 1985, NJ 1986, 212	380
HR 3 januari 1986, NJ 1987, 73	416
HR 26 september 1986, NJ 1987, 253	380
HR 23 januari 1987, NJ 1987, 555	238
HR 30 januari 1987, NJ 1988, 90	380
HR 27 februari 1987, NJ 1987, 584	23, 109, 396
HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 277, nt. LWH	23, 237, 240
HR 19 februari 1988, NJ 1988, 469	23
HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000	240
HR 4 november 1988, NJ 1989, 751, nt. CJHB	115
HR 26 januari 1990, NJ 1990, 794	380
HR 2 november 1990, NJ 1992, 83	294
HR 23 november 1990, NJ 1991, 92	380
HR 25 januari 1991, NJ 1992, 92	380
HR 31 mei 1991, NJ 1993, 112	380
HR 1 november 1991, NJ 1992, 58	237, 240
HR 12 juni 1992, NJ 1992, 554	235
HR 12 juni 1992, NJ 1993, 113	380
HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714	218, 293
HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686	361
HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, nt. PAS	115, 316, 396
HR 1 juli 1993, NJ 1995, 150	380
HR 1 oktober 1993, NJ 1993, 761	380
HR 29 oktober 1993, NJ 1994, 107	238
HR 3 december 1993, NJ 1993, 715	316
HR 24 december 1993, NJ 1995, 421	414
HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473	240
HR 18 februari 1994, AB 1994, 415	369
HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, nt. WH-S	27, 60, 63, 65, 384, 400, 403
HR 29 april 1994, NJ 1997, 396	380
HR 20 mei 1994, NJ 1995, 691	409
HR 17 juni 1994, NJ 1994, 670	238, 276
HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-198, nt. CJHB	112, 156
HR 21 oktober 1994, NJ 1996, 346	239, 384
HR 23 december 1994, NJ 1995, 512	380
HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-628	156
HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, ANWB/VR 2000, nr. 906	235, 242, 384
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175	157
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366, nt. CJHB	23, 109, 380
HR 13 februari 1995, NJ 1997, 366	396
HR 2 juni 1995, NJ 1997, 164	380
HR 15 september 1995, NJ 1996, 629	156
HR 23 december 1995, NJ 1996, 301	380

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

HR 1 november 1996, NJ 1997, 134	23, 109, 238
HR 11 november 1996, NJ 1997, 134	238
HR 13 december 1996, NJ 1997, 682, nt. JdB	22
HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB	23, 109, 365, 397
HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661	236, 274, 283
HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662, nt. Ma.	23, 110, 147, 316, 357
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257	380
HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 693	415, 416-418
HR 23 januari 1998, NJ 1998, 366	23, 109
HR 30 januari 1998, NJ 1998, 476	112
HR 25 juni 1998, NJ 2000, 16	403
HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778	109
HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853	175
HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196, nt. ARB	339
HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15	403
HR 6 november 1998, NJ 1999, 220	370
HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564	174, 182, 365
HR 17 oktober 1999, NJ 1999, 266	316
HR 28 april 2000, NJ 2000, 430	317, 361, 403
HR 8 september 2000, NJ 2000, 734	29, 170, 174, 175, 182, 183, 211, 238, 365, 385, 395, 397
HR 17 november 2000, NJ 2001, 215, nt ARB	339, 348
HR 27 april 2001, RvdW 2001, 95	365
 Prov. Gerechtshof Vriesland 3 maart 1841, W. 215	 265
 Hof Amsterdam 10 februari 1970, NJ 1971, 130	 241
Hof Amsterdam 8 juni 1973, VR 1975, nr. 60	73
Hof Amsterdam 1 februari 1974, VR 1975, nr. 61	73
Hof Amsterdam 22 oktober 1975, NJ 1977, 282	340
Hof Amsterdam 15 december 1976, NJ 1978, 40	235
Hof Amsterdam 23 januari 1986, NJ 1986, 818	240
Hof 's-Hertogenbosch 23 april 1986, NJ 1987, 48	235
Hof 's-Gravenhage 14 november 1986, Possel, Rechtspraak Rassendiscriminatie 1986-1987, nr. 136	235
Hof Amsterdam 27 april 1989, NJ 1990, 370	240
Hof Amsterdam 13 september 1990, NJ 1991, 334	235, 242
Hof Amsterdam 7 februari 1991, NJ 1996, 74	408
Hof 's-Gravenhage 20 maart 1991, Possel, Rechtspraak Rassendiscriminatie 1995, nr. 265	235
Hof Amsterdam 27 juni 1991, VR 1991, nr. 142	341
Hof Amsterdam 11 juli 1991, NJ 1992, 205	236
Hof Arnhem 24 december 1991, ANWB/VR 2000, nr. 230	69
Hof Amsterdam 9 januari 1992, Mediaforum 1992, Bijlage 4	240, 362
Hof Amsterdam 4 november 1993, NJ 1996, 7, ANWB/VR 2000, nr. 907	240, 242, 277, 293

Jurisprudentieregister

Hof Amsterdam 30 december 1993, Mediaforum 1994, p. B32	235
Hof 's-Gravenhage 16 juni 1994, NJ 1995, 663	235
Hof Amsterdam 8 december 1994, KG 1995, 274	240
Hof Arnhem 25 april 1995, TvC 1995, 213	293
Hof Amsterdam 26 oktober 1995, Mediaforum 1996, B22	240
Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213	380
Hof Amsterdam 6 juni 1996, Mediaforum 1996, B97	240, 242
Hof 20 maart 1997, Mediaforum 1997, B88	240
Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 1998, VR 1999, nr. 63	235
Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvG 1998, 48	400
Hof Amsterdam 11 november 1999, Mediaforum 2000, nr. 3	240, 362
Hof 's-Hertogenbosch 31 augustus 1999, ANWB/VR 2000, nr. 228	171
Hof Amsterdam 3 februari 2000, VR 2000, nr. 86, nt. Kremer	173, 214
Hof Den Haag 26 april 2000, VR 2000, nr. 84	109, 112
Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, nr. 87	3, 108, 109, 112
Rb 's-Gravenhage 9 november (jaar niet vermeld), W. 137	365
Rb Amsterdam 17 mei 1841, W. 189	365
Rb Tiel 22 mei 1857, W. 1858	365
Rb Den Haag 31 januari 1968, NJ 1968, 421	73
Rb Groningen 10 maart 1970, NJ 1970, 234	235
Rb Maastricht 14 december 1972, NJ 1973, 145	314
Rb Arnhem 16 januari 1975, VR/VdW 1976, nr. 443	73
Rb Amsterdam 15 juni 1976, BIE 1978, p. 9	408
Rb Utrecht 6 april 1983, NJ 1983, 523	408
Rb Haarlem 14 februari 1984, AMI 1986, p. 59	241
Rb Zutphen 31 oktober 1985, NJ 1986, 636	240
Rb Alkmaar 15 december 1988, ANWB/VR 1997, nr. 78	293
Rb 's-Gravenhage 14 februari 1990, Prg 1990, 3263	316
Rb Amsterdam 11 april 1990, ANWB/VR 2000, nr. 879	242
Rb Maastricht 14 juni 1990, NJ 1993, 130	293
Rb Alkmaar 5 juli 1990, ANWB/VR 2000, nr. 855	242
Rb Rotterdam 19 oktober 1990, ANWB/VR 1997, nr. 76	293
Rb Amsterdam 23 januari 1991, ANWB/VR 2000, nr. 889	242
Rb Haarlem 26 maart 1991, Mediaforum 1991, Bijlage 3	362
Rb Arnhem 11 juli 1991, ANWB/VR 2000, nr. 900	242
Rb Roermond 15 augustus 1991, M en R, 37	238
Rb Rotterdam 11 oktober 1991, VR 1993, 101	238
Rb Assen 17 november 1992, AMI 1993, p. 191	408
Rb Arnhem 14 januari 1993, ANWB/VR 2000, nr. 186	172
Rb Roermond 15 augustus 1991 en 23 juli 1993, M en R, 37/38	238
Rb Rotterdam 10 december 1993, Woonrecht 1994-5, p. 101, ANWB/VR 2000, nr. 868	172
Rb Groningen 14 juni 1994, AB 1995, 131	293
Rb Assen 14 juni 1994, VR 1996, 123	108, 109
Rb Leeuwarden 29 november 1994, Informatierecht/AMI 1996, p. 16-17	409

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Rb Amsterdam 29 maart 1995, VR 1996, nr. 124	293
Rb Arnhem 5 december 1996, ANWB/VR 2000, nr. 878	242
Rb 's-Hertogenbosch 2 mei 1997, NJkort 1998, 10	171
Rb Maastricht 28 januari 1998, ANWB/VR 2000, nr. 865	242
Rb Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41	380
Rb Utrecht 3 juni 1998, Informatierecht/AMI 1999, p. 40-41	409
Rb Amsterdam 16 september 1998, NJ 1999, 439, ANWB/VR 2000, nr. 906	242
Rb Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406	380
Rb Leeuwarden 16 december 1998, L&S 1998/4, p. 27 (bijlage 8)	108, 109, 112, 113
Rb Alkmaar 17 december 1998, L&S 1998/4, p. 31	112
Rb 's-Hertogenbosch 18 december 1998, NJkort 1999, 22	235
Rb Den Haag 23 december 1998, NJkort 1999, 23, ANWB/VR 2000, nr. 903	242
Rb Zwolle 6 januari 1999, NJ 1999, 424	109, 110, 112, 113, 239
Rb Den Haag 17 februari 1999, ANWB/VR 2000, nr. 898	242
Rb Arnhem 1 april 1999, NJkort 1999, 49	235, 242
Rb 's-Hertogenbosch 31 augustus 1999, ANWB/VR 2000, nr. 228	171
Rb Haarlem 23 november 1999, 42241/HA ZA 97-1997	396
Rb Den Haag 19 januari 2000, ANWB/VR 2000, nr. 867	405
Rb Den Haag 2 februari 2000, L&S 2000, p. 38	29, 398
Rb Amsterdam 19 juli 2000, NJkort 2000, 78	108-110, 112, 357
Rb Haarlem 1 augustus 2000, NJkort 2000, 93	73, 74
Rb Middelburg 20 december 2000, NJkort 2001, 9	108
Pres. Rb Amsterdam 10 april 1975, NJ 1975, 286	235
Pres. Rb Breda 23 maart 1976, NJ 1976, 325	235
Pres. Rb Utrecht 3 mei 1979, NJ 1980, 53	235
Pres. Rb 's-Gravenhage 26 juli 1984, KG 1984, 230	235
Pres. Rb Arnhem 1 november 1984, KG 1984, 336	238
Pres. Rb Middelburg 9 juni 1987, KG 1987, 340	238
Pres. Rb Haarlem 12 januari 1990, KG 1990, 91	238
Pres. Rb Amsterdam 28 juni 1990, KG 1990, 235	240
Pres. Rb Utrecht 23 augustus 1990, KG 1990, 291	235
Pres. Rb Haarlem 15 maart 1991, Mediaforum 1991, p. 51	240
Pres. Rb Alkmaar 9 april 1992, Nemesis 1992, 260	240
Pres. Rb Utrecht, 18 mei 1993, KGK 1993, 1292	238
Pres. Rb Amsterdam 28 april 1994, KG 1994, 171	240
Pres. Rb Groningen 17 november 1994, KG 1995, 101	240
Pres. Rb Amsterdam 13 februari 1995, Mediaforum 1995, B54	240
Pres. Rb Amsterdam 13 april 1995, Mediaforum 1995, B71	242
Pres. Rb Amsterdam 25 januari 1996, Mediaforum 1996, B40	240
Pres. Rb Amsterdam 14 maart 1996, rolnr. KG/481TG	242
Pres. Rb Amsterdam 2 mei 1996, KG 1996, 171	240
Pres. Rb Groningen 13 november 1996, KG 1996, 385	238

Jurisprudentieregister

Ktg Assen 1 juni 1961, Prg 1976, 1063	316
Ktg 's-Gravenhage 23 januari 1981, NJ 1981, 578	240
Ktg 's-Gravenhage 19 april 1990 en 15 november 1990, Prg 1991, 3390	316
Ktg Amsterdam 16 maart 1993, Prg 1993, 3875	241
Ktg 's-Gravenhage 28 september 1994, Prg 1996, 4501	240, 242
Ktg Amsterdam 29 augustus 1995, WR 1997, 10	238
Ktg Gouda 28 maart 1996, Prg 1996, 4581	238
Ktg Amsterdam 28 november 1996, KG 1996, 381	240
Ktg Haarlem 10 juni 1998, rolno. 78300/98-252	73, 75
Gerecht in eerste aanleg Curaçao 15 januari 1973, NJ 1973, 314	69
Gerecht in eerste aanleg Curaçao 4 augustus 1999, KG 1999, 240	109, 110

EG:

Gerecht van Eerste Aanleg 12 december 2000, SEW 2001/1, Jur. EG	363
---	-----

Europese Hof voor de Rechten van de Mens:

Publ. ECHR 23 september 1994, Series A, vol. 299	402
EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 544, nt. EJD	269, 370, 414
EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690	238
EHRM 6 april 2000, NJ 2000, 612	363

Frankrijk:

Cass. Ass. Plen. 17-11-2000, JCP 2000, II, 10438, note Chabas	398
Cass. Ass. Plen. 19-6-1981, JCP 1982, II, 19712; RTD 1981, p. 857, obs. Durry	189
Civ. 1833.1.458	32
Civ. 27-11-1844, D. 1845, I, p. 13	251
Civ. 20-2-1849, D. 1849, I, p. 148	251
Civ. rej. 14-3-1900, D. 1900, I, 497	249
Civ. 27-7-1937, D. 1938, I, 8 (4 ^e esp.)	186, 187
Civ. 22-10-1946, JCP 1946, II, jur. 3365; D. 1947, jur. p. 59	186, 206
Civ. 2 ^e 28-10-1954, JCP 1955, II, 8765	342
Civ. 1 ^e 16-1-1962, D. 1962, jur. p. 199, obs. Rodière.	186
Civ. 3 ^e 11-1-1984, JCP 1984, IV, p. 87	296
Civ. 1 ^e 13-2-1985, D. 1985, IR, 322, obs. Lindon	247
Civ. 1 ^e 13-4-1988, D. 1988, IR, 120	247
Civ. 1 ^e 20-11-1990, Bull. civ. I, no 257; 28-5-1991, D. 1992, jur. p. 213 note Kayser, D. 1993, IR, 250	248, 250

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Civ. 1 ^e 28-5-1991, D. 1992, jur. p. 213, note Kayser	250
Civ. 2 ^e 22-2-1995, Resp. civ. Et assur. 1995, comm. 125	76
Civ. 2 ^e 22-2-1995, D. 1996, jur. p. 69	76, 77
Civ. 2 ^e 28-6-1995, D. 1995, IR, p. 215	76
Civ. 2 ^e 24-1-1996, Bull. civ. 1996, II, no. 16	186
Civ. 1 ^e 6-3-1996, D. 1997, jur. p. 7, note Ravanas	250
Civ. 2 ^e 16-4-1996, D. 1997, somm. P. 31, obs. Jourdain en note Jourdain, RTD 1996, p. 627	187
Civ. 1 ^e 5-11-1996, JCP 1997, jur. 22805, note Ravanas	254, 277, 366, 367
Civ. 1 ^e 5-11-1996, D. 1997, 403	412
Civ. 1 ^e 25-2-1997, JCP 1997, II, jur. 22873, note Ravanas	254, 277, 366
Crim. 6-7-1955, Gaz. Pal., 1955, II, 159	187
Crim. 5-1-1956, D. 1956, jur. 216	187
Crim. 30-1-1958, Gaz. Pal. 1958, I, 367	187
Crim. 24-2-1959, JCP 1959, II, jur. 11095.	187
Crim. 3-4-1978, JCP 1979, II, 19168, obs. Brousseau	76, 77, 343, 350
Crim. 30-10-1979, D. 1980, IR, p. 409, obs. Larroumet	78
Crim. 16-7-1980, no 224, p. 587	78
Crim. 9-3-1982, JCP 1982, IV, p. 189	76
Crim. 17-5-1982, JCP 1982, IV, p. 267	76
Crim. 10-5-1984, D. 1985, I, jur. p. 256	296
Crim. 19-6-1985, Bull. crim. 1985, no. 236	186
Crim. 11-10-1988, Resp. civ. Et assur. 1989, comm. no 4, obs. Groutel	76, 77
Crim. 9-2-1989, D. 1989, somm. p. 389, note Pradel; RTD 1989, p. 563 obs. Jourdain	186
Crim. 5-1-1994, JCP 1994, I, 3773, nr. 20, obs. Viney	76
Crim. 11-7-1994, JCP 1994, no. 43, Act	186
Ch. mixte 27-2-1970, JCP 1970, II, jur. 16305, note Parlange; D. 1970, jur. p. 201	186, 187
Ch. mixte 30-4-1976, D. 1977, jur. p. 185, note Contamine-Raynaud	78, 190
Chambre des requêtes 2-2-1931, JCP 1931, II, 41	187
CA Montpellier 4-2-1924, DP 1924, II, 33, note Lalou	252
CA Aix-en-Provence 19-12-1951, D. 1952, jur. p. 150	252
CA Paris 14-5-1975, D. 1976, jur. p. 291	250
CA Paris 7-5-1976, RTD com. 1977, 428, obs. Desbois	244
CA Paris 9-7-1980, D. 1981, jur. p. 72	250
CA Paris 4-5-1981, Gaz. Pal. 1981, II, p. 742	244, 252
CA Paris 10-11-1983, D. 1984, jur. p. 214	77
CA Paris 8-10-1985, D. 1986, IR, 150	244
CA Paris 3-3-1987, D. 1987, IR, p. 73	296
CA Versailles 30-6-1987, JCP 1988, IV, p. 148	78

Jurisprudentieregister

CA Paris 25-1-1988, D. 1988, IR, 50	252
CA Paris 15-12-1988, JCP 1988, 21115	244
CA Bordeaux 18-4-1991, D. 1992, jur. p. 14, obs. Gromb.	76, 77
CA Rouen, 16-9-1992, D. 1993, jur. p. 353	186
CA Metz 15-6-1993, JD 045880.	76
CA Paris 25-2-1994, JD 022179, Catala 1999, nr. 41	251
CA Besancon 22-3-1994, JD 044222, Catala, 1999, nr. 9	251
CA Paris 1-6-1994, JD 021813, Catala, 1999, nr. 49	251
CA Paris, 12-4-1995, JCP 1997, II, jur. 22806, note Crombez	249
CA Agen 9-10-1995, JD 046466, Catala, 1999, nr. 121	251
CA Grenoble 30-10-1995, JD 044965, Catala, 1999, nr. 22	251
CA Versailles 6-2-1996, JD 041277	76
CA Dijon 14-2-1996, JD 042900	76
CA Paris 31-5-1996, JD 021239, Catala, 1999, nr. 31	251
CA Paris 27-5-1997, JCP 1997, II, jur. 22894	250
CA Paris 5-6-1997, JD 021268, Catala, 1999, nr. 108	251
CA Versailles 26-2-1998, JCP 1999, IV, 1215	76
CE 24-1-1961, D. 1962, jur. p. 64	184
Com. 6-11-1979, D. 1980, IR, 416	252
Cour de Paris 2-12-1977, D. 1978, jur. p. 285	75
TGI Caen 30-10-1962, D. 1963, jur. p. 92	186
TGI Paris 4-4-1970, JCP, II, jur. 16328, note Lindon	247
TGI Paris 8-7-1970, D. 1972, I, jur. p. 88, note Fourgoux	252
TGI Paris 6-4-1973, JCP 1974, IV, jur. 312	244
TGI Paris 11-7-1973, JCP 1974, II, jur. 17600	254
TGI Paris 27-2-1974, D. 1974, jur. p. 530, 1 ^e esp., note Lindon	247
TGI Paris 6-7-1983, D. 1984, jur. p. 10	77
TGI Paris 13-1-1997, JCP 1997, II, jur. 22845, note Serna	253
TI Chartres 24-1980, JCP 1994, II, jur. 20108	186
TI Moutiers 16-2-1983, Gaz. Pal. 1983, I, somm. p. 290	186
Trib. Civ. Seine 1 ^e Ch., 3-5-1854, met noot in D. 1903, II, 121	245
Trib. Seine 16-6-1858, D. 1858, III, 62	249
Trib. Civ. Seine 11-10-1937, Gaz. Pal 1937, II, 792,	75
Trib. Correc. Mans 14-10-1966, Gaz. Pal. 1967, I, 29	186

Engeland:

A.B. v. South West Water Services, [1993] 1 All ER 609	47
Albert v. Strange, (1848) 2 De G. & S. 652	267

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Alcock and others v. Chief Constable of South Yorkshire Police, [1991] 3 WLR 1057	116, 118, 120, 122, 123, 125, 127, 140, 128, 130, 131, 140
Al-Kandari v. Brown, [1980] QB 665	118
Allsop v. Allsop, (1860) 5 H. & N. 534	259
Argyll v. Argyll, [1967] Ch. 302	267
Attia v. British Gas, [1988] QB 304	118, 357
Att.-Gen. of St. Christopher v. Reynolds, [1980] AC 637	47
Benham v. Gambling, [1941] AC 157	81
Bourhill v. Young, [1941] CS 395	133
Bourhill v. Young, [1943] AC 92	119, 120
Cassell & Co. Ltd. V. Broome, [1972] AC 1027	47
Chadwick v. British Railways Board, [1967] 1 WLR 912	128
Chastell and Warby v. Tesco, (October 1997), Carter-Ruck, 1997, p. 652	269
Die Spoorbond v. South African Railways, [1946] AD 999	268
Dooley v. Cammell Laird & Co., [1951] 1 Lloyd's Rep. 27	130
Douglas and others v. Hello! Ltd. [2001] 2 WLR 992	267
Dulieu v. White, [1901] 2 KB 669	119
Fielding v. Variety Inc., [1967] 2 QB 841	260
Flint v. Lovell, [1935] 1 KB 354	81
Frost v. Chief Constable of South Yorkshire Police, [1997] 3 WLR 1194	118
Hambrook v. Stokes Brothers, [1925] 1 KB 141	119, 148
Herring v. Boyle, [1834], 1 C.M. & R. 377	261
Hicks v. Chief Constable of the South Yorkshire Police, [1992] 1 All ER 65	81
Hicks v. Chief Constable of the South Yorkshire Police and Wafer v. Chief Constable of the South Yorkshire Police, [1992] 1 All ER 693-694	81
HRH Princess of Wales v. MGN Newspapers Ltd. and Ors, Fenwick and Phillipson, CLJ 1996, p. 449	267
Hunter v. British Coal Corp., [1998] 2 All ER 97	120, 130
Hunter v. Canary Warf Ltd., [1997] 2 WLR 684	265
I. de S. et ux v. W. de S., (1348) Year Book Lib. Assis. Folio 99, placitum 60	300
John v. Mirror Group Newspapers, [1997] QB 586	269
Johnstone v. Bloomsbury Health Authority, [1991] 2 All ER 293	118
Kaye v. Andrew Robertson and Sport Newspaper Ltd., [1991] FSR 62	267
Khorasandijan v. Bush, [1993] QB 727	265
Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority, [1979] 2 All ER 910; [1980] AC 174	79
McFarlane v. EE Caledonia Ltd., [1994] 2 All ER 1	131
McLoughlin v. O'Brien, [1983] 1 AC 410	125
Meering v. Graham-White Aviation Co. Lt., (1919) 122 LT 44	261
Merest v. Harvey, [1814] 5 Taunt. 442, 128 ER 761	265

Messenger Newspapers Group Ltd. v. National Graphical Association, [1984] IRLR 397	268
Murray v. Ministry of Defence, [1988] 1 WLR 692	53, 261
Nobes v. Chief Constable of West Yorkshire Police v. Schofield, [1998] EWCA 2171	121
Owens v. Liverpool Corp., [1939] 1 KB 394	118
Page v. Smith, [1995] 2 WLR 644	95, 120-122, 134
Page v. Smith, [1996] 3 All ER 272 (CA na terugverwijzing)	121
Pollard v. Photographic Co., [1888] 40 Ch. D. 345	267
Rantzen v. Mirror Group Newspapers, [1993] 3 WLR 953	269
Rookes v. Barnard, [1964] AC 1129	47
Rose v. Ford, [1937] AC 826	81
Sion v. Hampstead Health Authority, [1994] 5 Med LR 170	118
Slim v. Daily Telegraph Ltd., [1968] 2 QB 157	257
Stephens v. Avery, [1988] Ch. 449	267
Taylorson v. Shieldness Produce Ltd., [1994] PIQR P329	118
Tolley v. Fry, [1931] AC 333	266
Udale v. Bloomsbury H.A., [1983] 1 WLR 1098	397
Uren v. Fairfax, (1966) CLR 118	260
Vernon v. Bosley, [1997] 1 All ER 577	135
Victorian Railways Commissioner v. Coultas, (1888) 13 App. Cas. 222	119, 358
Wadsworth v. Freud (1997), Carter-Ruck, 1997, p. 653	269
Walker v. Northcumberland County Council, [1995] 1 All ER 737	118
West v. Shepard, [1963] 2 All ER 625; [1964] AC 326	79, 338, 345, 350
White v. Chief Constable of South Yorkshire Police, [1999] 2 AC 455	118, 128, 129, 130, 131
Wilkinson v. Downton, [1897] 2 QB 57	119
Wise v. Kaye, [1962] 1 All ER 257; [1962] 1 QB 638	79
Young v. South Church Southern, [1997] 39 BMLR 146	121

Verenigde Staten:

Atkinson v. Farley, 431 NW2d 95 (Court of Appeals of Michigan, October 3, 1988)	303
Brown v. Manning, 764 F Supp 183 (United States District Court Georgia, May 9, 1991)	305
Cluff v. Farmers Ins. Co. Exchange, 460 P2d 666 (Court of Appeal of Arizona, November 10, 1969)	304
Continental Ins. Co. v. McDonald, 576 So2d 1208 (1990)	304
Correa v. Pennsylvania Mfrs. Asso. Ins. Co., 618 F Supp 915 (United States District Court Delaware, September 9, 1985)	303
DeLong v. Country of Erie, 89 A.D. 2d 376 (Supreme Court New York, November 9, 1982)	84

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Dependable Life Ins. Co. v. Harris, 510 So2d 985 (Court of Appeals of Florida, July 9, 1987)	304
Dominguez v. Equitable Life Assur. Soc., 438 So2d 58 (Court of Appeals of Florida, August 30, 1983)	305
Donofrio v. Montalbano, 240 A.D.2d 617 (Supreme Court, Appellate Division, June 23, 1997)	84
Eckenrode v. Life of America Ins. Co., 470 F2d 1 (United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, August 3, 1972)	303, 304
Fletcher v. Western Nat. Life Ins. Co., 89 Cal Rptr 78 (Court of Appeals of California, August 7, 1970)	303, 304, 307
Filasky v. Preferred Risk Mut. Ins. Co., 734 P2d 76 (Supreme Court of Arizona, March 2, 1987)	303
Georgia Farm Bureau Mut. Ins. Co. v. Mathis, 398 SE2d 387 (Court of Appeals of Georgia, October 4, 1990)	305
Giacontieri v. Pan American World Airways, Inc., 767 F.2d 1151 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, August 12, 1985)	84
Gorab v. Equity General Agents, Inc., 661 P2d 1196 (Court of Appeals of Colorado, March 10, 1983)	305
Green v. State Farm Fire & Casualty Co., 667 F2d 22 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, February 4, 1982)	304
Haley v. Pan American World Airways, 746 F.2d 311 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, November 16, 1984)	83, 84
Hernandez v. General Adjustment Bureau, 245 Cal Rptr 288 (Court of Appeal, Second App District, March 24, 1988)	303
Hershey v. Hershey, 467 NW2d 484 (Supreme Court S.D., March 13, 1991)	404
Kirkpatrick v. Zitz, 401 So2d 850 (District Court of Appeal of Florida, August 17, 1981)	305
Lang v. Bouju, 667 N.Y.S.2d 440 (Supreme Court, Appellate Division, December 31, 1997)	85
Larsen v. Delta Air Lines, Inc., 692 F.Supp. 714 (United States District Court, S.D. Texas, July 29, 1988)	84
Little v. Stuyvesant Life Ins. Co., 136 Cal Rptr 653 (Court of Appeal of California, February 24, 1977)	303
Malacynski v. McDonnell Douglas Corp. 565 F.Supp. 105 (United States District Court, S.D. New York, June 15, 1983)	82
Marzolf v. Hoover, 596 F Supp 596 (United States District Court of Montana, July 31, 1984)	305
McCahill v. Commercial Union Ins. Co., 446 NW2d 579 (Court of Appeals of Michigan, September 5, 1989)	304, 305
Miller v. Mutual of Omaha Ins. Co., 235 So2d 33 (Court of Appeals of Florida, May 5, 1970)	305
Nat. Secur. Fire & Casualty Co. v. Bowen, 447 So2d 133 (Supreme Court of Alabama, September 30, 1983)	304
Nickerson et al v. Hodges et al, 84 So. 37 (Supreme Court of Louisiana, February 2, 1920)	301

Nye v. Department of Transportation and Houtz, 480 A.2d 318 (Superior Court of Pennsylvania, August 17, 1984)	84
Pregeant v. Pan American World Airways, Inc., 762 F.2d 1245 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, June 17, 1985)	84
Ruffalo v. United States, 590 F. Supp. 706 (United States District Court W.D. Mo., June 29, 1984)	404
Salomon v. Warren, 540 F.2d 777 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, October 15, 1976)	84
Saunders v. Carris, 274 Cal Rptr 186 (Court of Appeal of California, October 18, 1990)	305
Shatkin v. McDonnell Douglas Corp., 727 F.2d 202 (United States Court of Appeals, Second Circuit, January 26, 1984)	84
Sheltra v. Smith, 392 A.2d 431 (Supreme Court Vt., September 19, 1978)	404
Shu-Tao Lin v. McDonnell Douglas Corp. and American Airlines, 742 F.2d 45 (United States Court of Appeals, Second Circuit, Dec. April 16, 1984, Am. October 1, 1984)	84
Strader v. Union Hall, Inc. 486 F Supp 159 (United States District Court Illinois, April 14, 1980)	303, 305
Tidelands Auto. Club v. Walters, 699 SW2d 939 (Court of Appeals of Texas, November 7, 1985)	305
Wagner v. International Railway Co., 232 NY 176 (Court of Appeals of New York, November 22, 1921)	128
Weiner v. Fireman's Fund Ins. Co., 284 Cal Rptr 340 (Court of Appeal of California, July 18, 1991)	303, 304
World Ins. Co. v. Wright, 308 So2d 612 (Court of Appeals of Florida, February 14, 1975)	305
Young v. Hartford Acci. & Indem. Co., 492 A2d 1270 (Court of Appeals of Maryland, May 31, 1985)	304
Young v. McDonnell Douglas Corp. and American Airlines, 507 F.Supp. 21 (United States District Court, N.D. Illinois, November 4, 1980)	84

TREFWOORDENREGISTER

(verwezen wordt niet naar de pagina's maar naar de nummers)

abstracte schadeberekening	317, 365, 373, 374, 380, 414
action directe	285, 314
adequatieleer	157, 359, 419
Administration of Justice Act 1982	53, 81, 191
affectieschade	3, 23, 70, 81, 86, 91, 92, 97, 98, 108, 135, 143, 145, 159-221, 383-385, 393, 394
afschrikking	90, 291, 344, 373
afschrikkende werking	86, 314
afstammingskennis	27, 384, 400
aggravated damages	45, 49, 50, 51, 66, 260-263, 265, 268, 352
algemeen persoonlijkheidsrecht	13, 27, 29, 40, 63, 65, 384
algemene voorwaarden	314
alimentatie	
– echtgenoten-	402
– kinder-	402
arbeidsovereenkomst	23, 316
arbeidsverhouding	396
auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten	23, 26, 357, 385, 408-410, 419
bagatelschade	330, 339, 350
battery	53, 377
bedorven vakantie	175, 357
beeldrecht, zie ook <i>portretrecht</i>	18, 34, 229, 249, 275
begrafeniskosten	393-395
belediging, zie <i>eer en goede naam</i>	
bestuursrechtelijke reactiemogelijkheden	361, 387
beweeglijk systeem	378-381, 383
bewegingsvrijheid	24
bewegliche System	378-381
bewijslastverdeling	361, 373
bewusteloze, chronisch, zie <i>coma(patiënt)</i>	
brievenbusvredebreuk	230
burgerlijke vruchten	388
causaliteit, zie <i>juridische causaliteit</i>	
claimcultuur	183, 221
collectieve actie	373
coma(patiënt)	68 e.v., 330, 343, 345, 350, 355, 356, 390, 393
commercialisering (van verdriet)	161, 169, 204, 365
compensatory damages	48
conditio sine qua non-verband	380, 381
consultatierecht	401, 402
contractsvrijheid	17, 29, 280, 384

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

damages at large	45, 46, 50, 51, 270, 344
defamation	256, 257, 260, 270, 272, 358
Differentzhypothese	374
discriminatie	23, 49, 53, 77, 91, 300, 307, 357, 405-407, 419
droit de réponse	222
dwangsom	270, 342, 373, 402, 403
echtscheiding	202, 416
eer en goede naam	12, 15, 18, 23, 24, 34, 59, 222, 224, 234-235, 244, 256-263, 272, 277, 273, 279, 357, 365, 370, 384-388, 390, 419
eigen schuld	104, 113, 132, 149, 166, 180, 183, 189, 195, 202, 209, 216, 220, 419
emotionele gevarenzone	111
erkend psychiatrisch ziektebeeld, zie <i>psychiatrisch ziektebeeld</i>	
erkenningsfunctie	183, 216
exemplary damages	45, 47-50, 242
exploitatie van de persoonlijkheid	223, 226, 236, 246, 266, 274, 281
faillissement	319, 416-418
false imprisonment	53, 256, 261, 262, 272, 377
family life	178, 216, 238, 402, 403
Fatal Accidents Act (1846)	81, 116
Fatal Accidents Act (1976)	191
'first party'-verzekeringen	419
fixatiestelsel	294, 297, 313, 317, 396
functie(s) van smartengeld	
– compensatie(functie)	20, 30, 42, 54, 66, 67, 69, 90, 91, 323, 330, 335, 339, 343-345, 347-349, 350, 354, 355, 356-359
– genoegdoening(sfunctie)	20, 30, 66, 67, 69, 70, 73, 323, 325-329, 335, 338, 343, 347-349, 351-353, 355
– herstel(functie)	321, 333, 342, 345, 347, 348
– rechtshandhaving(sfunctie), zie <i>rechtshandhaving(sfunctie)</i>	
– symbolische functie	191, 205, 216, 395
fysieke gevarenzone	111, 112, 119, 121, 139, 148
gebruik en bewoning	26
gederfde inkomsten	182, 397
geestelijk gestoorden	68
Gegendarstellung	222, 232
gekrenkt (gekwetst, geschokt) rechtsgevoel	30, 66, 327, 338, 359, 373
general damages	48, 259, 260, 261, 268, 269, 270, 272
gering leed (zie bagatelschade)	
gezagswijziging	402

Trefwoordenregister

gezinsplanning	397
goede zeden	369, 370
grondrechten (horizontale werking van)	18, 28, 39, 60, 384, 387, 419
Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases	79, 155, 269, 345
harassment	265, 304
hinder	222, 230, 238, 251, 265, 276, 282
hoogstpersoonlijk karakter	416, 417
hoor- en wederhoor	396
huwelijks voorwaarden	417
huwelijks gemeenschap	319, 415-417
ICD-10	94, 117, 146, 155, 156
immateriële schade	
– definitie	9, 10, 21, 31, 52, 56
– onderscheid vermogensschade	365
– functie(s), zie ook onder <i>functie(s) van smartengeld</i>	
immoreel	175
informatierecht	401, 402
informed consent	400
intentional infliction of emotional distress	299 e.v., 400
juridische causaliteit	111, 156, 359, 383, 380, 419
kinderbeschermingsmaatregel	402
kinderen	68, 403
kindermoord	171
kring van gerechtigden	
– affectieschade	160, 164, 178, 183, 187, 193, 200, 207, 214
– shockschade	92, 101-103, 111-112, 119-131, 139, 140, 148, 156-158
Law Commission	73, 80, 136-143, 198-203
legaliteitsbeginsel	370
libel	257, 260, 272
lijfsdwang	402
malicious abuse of process	256, 263, 272
malicious prosecution	256, 262, 272
matiging	412
mensenrechten, zie <i>grondrechten</i>	
milieu	24
minimumbedragen	339
mishandeling	239
moord (zie ook kindermoord)	239
multi-factor-benadering	2, 148, 158, 419

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

nalatenschap	92, 105, 114, 133, 150
nationaal-socialisme	17
nationaal-socialisten	231
natuurlijke vruchten	388
ne bis in idem	329, 186
nulla poena sine lege	329
nominal damages	45, 46, 366
normatief schadebegrip	367
omgangsrecht	401-404
onderhandelingen	416
ondernemersovereenkomsten	23, 363
ondertoezichtstelling	402
ongerechtvaardigde verrijking	232, 344, 347, 391, 393, 394, 418
onredelijk ontslag	316
onschuldpresumptie	34, 229, 244, 272, 329, 367
onsmakelijke procespraktijken	169, 179, 204, 208, 217, 212, 221
ontbinding arbeidsovereenkomst	316
ontplooien	406
ontplooiing	385
ontvoering	23, 239
onverschuldigde betaling	412
oogmerk	23, 171, 340
openbare orde	369, 370
ouderlijk gezag	402
overgang	415-418
overgang onder algemene titel	74, 90, 416
overlijdensadvertenties	23
overmacht	317
partijautonomie	29
peine privée	41, 66, 77, 185, 254, 342, 343, 354
persoonlijke levenssfeer, zie <i>privacy</i>	
pesterijen	23
pornoblaadjes	239
portret(recht) (zie ook beeldrecht)	236, 274
Post Traumatische Stress Stoornis (PTSS)	94, 117, 135, 138, 155-157, 357, 358, 383, 396
predispositie	92, 106, 115, 134, 142, 151
pretium mortis	68, 71, 74, 78, 81, 90, 91
preventie	30, 73, 90, 321, 331, 333, 336, 340, 342, 347, 354, 362, 373, 376
prijsindexcijfer	201
privacy	12, 15, 17, 18, 23-25, 34, 35, 54, 59, 222, 227-229, 237-240, 247-250, 264-267, 273-275, 277, 343, 354, 357, 358, 362, 365, 366, 367, 370, 383-388, 395, 390, 419

Trefwoordenregister

privéleven, zie <i>privacy</i>	
privésfeer, zie <i>privacy</i>	
profijtbeginssel	338
proportionaliteitsbeginssel	370
proportionaliteitsvereiste	414
proportionele aansprakelijkheid	380
psychiatrisch ziektebeeld	92, 94, 109, 117, 146, 311, 312
psychische stoornis	68
punitive damages	45, 232, 260, 277, 284, 298, 301, 307, 310, 312, 354, 340, 360, 414
Raad van Toezicht voor het Schadeverzekeringsbedrijf	318
Race Relations Act 1976	53
recht op leven	24, 34, 59
rechtseconomische inzichten	419
rechtshandhaving(sfunctie)	
– betekenis	361-363
– consequenties gevallen smartengeld	392-410
– consequenties hoogte smartengeld	411-414
– consequenties beslag	418
– consequenties faillissement	418
– consequenties huwelijksgemeenschap	418
– consequenties overgang	418
– Duitsland	374-375
– Engeland	377
– Frankrijk	376
– Nederland	216, 338, 373
– voordelen	364, 419
rechtspersoon	222, 231, 241, 252, 268, 277
rectificatie	222, 362, 387
redelijke termijn	314, 363, 396
redelijkheid en billijkheid	294, 310, 317, 361, 385, 396
reële executie	402
reisgenot, zie <i>bedorven vakantie</i>	
relativiteit	111, 156
restitution in integrum	54, 333, 344, 345
revindicatie	361, 362, 387
risico-aansprakelijkheid	12, 23, 169, 338
roddelpers	222, 242, 277, 293, 388
schrikschade, zie <i>shockschade</i>	
Schweizerische Obligationsrecht	19
seksadvertenties	23
seksuele handelingen	239
Sex Discrimination Act 1975	53

Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon

Sexual Offences Act (Amendment) 1991	267
shockschade	29, 92-158, 220, 317
slander	257, 259, 260, 272
sperma	392, 399
sommenverzekering	173, 419
stalking	53, 238, 276
straf(recht)	69, 291, 312, 340, 328, 354, 368-371, 373, 382
strafrechtelijke reactiemogelijkheden	361, 387
stress op het werk	118
subjectief recht	16, 25, 36, 61, 361, 368
survival statutes	82, 90
telefoonterreur	23
Telefonterror	230
toerekening naar redelijkheid	359, 380
transactiekosten	339, 419
Treu und Glauben	290, 310
Tweede Wereldoorlog	17
Überwindungsfunktion	332, 348
verbroken verloving	11
vererving	71, 78, 90, 167, 181, 190, 196, 203, 210, 220, 338, 370, 417
verjaringstermijn(en)	317, 361, 369, 403
verkeers- en veiligheidsnormen	111, 115, 157
verknocht	415, 416
verkrachting	23, 232, 397
vertegenwoordiging	359
vertekening van de persoonlijkheid	223, 225, 233, 245, 255, 273, 280
vertraging (van de schadeafwikkeling)	285 e.v., 349, 388, 396
verzekeraar	285 e.v.
verzekerde	285 e.v.
verzekeringnemer	285 e.v.
visitation rights	404
voordeelstoerekening	173
voordeelsverrekening	397
vrije tijd	364
vrijheidsontneming	19
vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst	27
vrijheid van meningsuiting	18, 27
vrijheid van vereniging	18
wanprestatie	12, 23, 32, 298, 307, 310, 357
WAM(verzekering, -premies)	183, 212, 285, 317
Werkgroep Claimcultuur, zie <i>claimcultuur</i>	
Wetboek van Koophandel	319

Trefwoordenregister

wettelijke rente	286, 294, 295, 297, 307, 309, 317, 388, 389
wilsgebreken	29
winstafdracht	232, 340, 414
wrongful birth	182, 397, 398
wrongful death statute	82
wrongful life	398
Würdefunktion	70, 91
zaakwaarneming	74
zelfbeschikking	19, 29, 141, 174, 280, 365, 385, 387, 393-395, 397, 399, 400, 402
zelfmoord	13, 16, 177
zone of emotional danger, zie <i>emotionele gevarenzone</i>	
zone of (physical) danger, zie <i>fysieke gevarenzone</i>	

In dit promotieonderzoek staat de vraag centraal in welke gevallen recht bestaat op smartengeld. De bepaling die het uitgangspunt vormt voor het onderzoek is art. 6:106 lid 1 sub b BW dat bepaalt dat recht op smartengeld bestaat in geval van een aantasting in de persoon.

Om de vraag te beantwoorden wat onder 'aantasting in de persoon' kan worden verstaan, wordt rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het Duitse, Franse, Engelse recht en het recht van de Verenigde Staten.

Aan de orde komen onder meer de volgende onderwerpen: affectieschade, shockschade, aantasting van de eer en goede naam, inbreuk op de privacy, vertraging van de schadeafwikkeling door verzekeraars, de positie van bewusteloze slachtoffers en de functie(s) van vergoeding van immateriële schade.

A.J. Verheij is docent aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

ISBN 90-6916-427-2



9 789069 164274 >

ARS AEQUI
LIBRI